
VE
RI
TAS

France

FACULTE DE DROIT DE PARIS

DU DROIT DE SUITE

EN MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE

EN DROIT ROMAIN, EN DROIT COUTUMIER ET EN DROIT FRANÇAIS

PAR

JULES TRIBOULEZ

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS



PARIS

F. PICHON, IMPRIMEUR-LIBRAIRE,

14, RUE CUJAS ET 7, RUE VICTOR-COUSIN

1875

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

France

FACULTE DE DROIT DE PARIS

DU DROIT DE SUITE

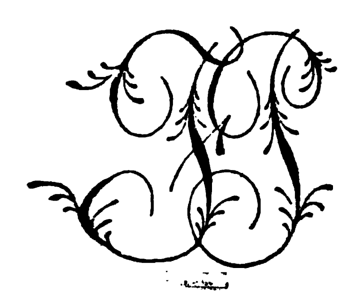
EN MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE

EN DROIT ROMAIN, EN DROIT COUTUMIER ET EN DROIT FRANÇAIS

PAR

JULES TRIBOULEZ

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS



PARIS

F. PICHON, IMPRIMEUR-LIBRAIRE,

14, RUE CUJAS ET 7, RUE VICTOR-COUSIN

1875

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU DROIT DE SUITE

EN MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE

EN DROIT ROMAIN, EN DROIT COUTUMIER ET EN DROIT FRANÇAIS

PAR

JULES TRIBOULEZ

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS



PARIS

F. PICHON, IMPRIMEUR-LIBRAIRE,

14, RUE CUJAS ET 7, RUE VICTOR-COUSIN

—

1875



INTRODUCTION

Le but de ce travail est de rechercher comment a été conquis dans les législations romaine, coutumière et moderne, le droit de suite des créanciers hypothécaires contre les tiers détenteurs. Deux intérêts rivaux sont en présence ; comment la loi sans sacrifier ni le droit du créancier, ni celui du propriétaire, a-t-elle fait pour donner satisfaction dans une juste mesure à l'un et à l'autre de ces deux droits ? Telle est la question qu'il faut résoudre.

Il faut se demander d'abord quelle est la nature du droit de suite. Nous verrons que ce n'est pas autre chose que le droit d'hypothèque lui-même considéré sous une de ses faces, et dans une de ses manifestations.

A quelles conditions et dans quelles formes s'exerce-t-il ?

La loi a d'abord entouré la constitution d'hypothèque de garanties sérieuses, mais cette constitution devant être avant tout stable, aucun acte du débiteur ne doit pouvoir préjudicier au créancier. Dès lors il ne suffit pas que l'hypothèque soit un droit réel, il faut de plus qu'aucune constitution de

droit réel postérieur ne puisse être antidatée. On est arrivé à ce résultat en substituant dans les rapports des acquéreurs de droits réels à la date du contrat, celle de sa publicité; de cette façon, il suffit aujourd'hui qu'une hypothèque soit inscrite pour qu'elle permette de suivre l'immeuble en quelques mains qu'une aliénation puisse le faire passer. Donc deux conditions pour l'exercice du droit de suite ; nécessité d'une aliénation ; nécessité d'une inscription en temps utile.

Il y aura lieu de rechercher ce que signifient ces mots « en temps utile » et nous exposrons les phases nombreuses de la législation sur ce point.

Passant aux formes de l'exercice du droit de suite, nous verrons qu'elles se réduisent à deux ; la saisie immobilière et la surenchère du dixième, à propos de cette seconde seconde forme, il faudra indiquer sommairement le rôle de cette institution inconnue du droit romain, dont l'origine un peu indécise se trouve dans notre ancien droit et qu'on nomme la Purge.

Ayant ainsi étudié l'attaque du créancier hypothécaire, il restera à examiner les moyens de défense mis par la loi à sa disposition ; à déterminer les bases du règlement de compte qui devra avoir lieu entre le tiers détenteur, les créanciers hypothécaires et le vendeur.

Une critique rapide de l'organisatian actuelle du droit de suite complétera cet exposé.

DROIT ROMAIN

DU DROIT DE SUITE
EN MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE.

CHAPITRE PREMIER.

HISTORIQUE DU DROIT HYPOTHÉCAIRE A ROME.

En remontant à l'origine et en faisant l'historique de la législation romaine jusqu'à Justinien, on découvre que l'organisation des sûretés réelles fournies par un débiteur à son créancier, a successivement traversé diverses formes, la *fiducia*, le *pignus*, l'*hypotheca*.

Dans les premiers siècles de la République romaine, le débiteur qui voulait obtenir du crédit, transportait à son créancier par un des modes usités par le droit civil, la propriété d'une chose. Seulement on accompagnait l'acte d'aliénation d'un contrat particulier, connu sous le nom de *fiducia* par lequel le créancier prenait l'engagement

de rémanciper ou rétrocéder la chose qu'il avait acquise quand le débiteur avait payé sa dette. Ce procédé très-imparfait était encore usité au temps de la jurisprudence classique. Voyez Gaius, §§ 59 et 60 du livre 11 de ses *Instituts*; et Paul au tit. 13 du livre 11 de ses *Sentences*. Dans ce système, les créanciers hypothécaires n'ont pas de droit spécial contre les tiers détenteurs; le droit de suite n'existe pas encore. En effet c'est le créancier qui est propriétaire de la chose, et il l'est vis-à-vis de tous. Son droit contre tout détenteur est le droit de propriété.

Mais le droit civil ne tarda pas à connaître un autre mode d'engagement moins dangereux pour le débiteur qui par la *fiducia* se confiait entièrement au créancier. Ce fut le *pignus*. Le débiteur conservait la *propriété* de la chose qu'il engageait à son créancier et ne lui transférait que la *possession ad interdicta;* c'était le débiteur qui continuait à posséder *ad usucapionem*. Au moment de la remise de la chose, il intervenait entre le créancier et le débiteur un contrat appelé : *contractus pigneratitius*, en vertu duquel chaque partie avait contre l'autre une action : le débiteur, une action *pigneratitia directa* pour obtenir la restitution de la chose donnée en gage, après le paiement de la dette ; — le créancier, une action *pigneratitia contraria*, pour obtenir du débiteur le remboursement des dépenses qu'il avait faites à l'occasion de la chose.

D'abord le créancier ne put faire vendre l'objet

mis en gage, il n'avait que le droit de rétention. Il fallait une convention accessoire, un pacte, pour l'autoriser à la vendre. (Gaius, 11, 64). Et encore, dans ce cas, il ne pouvait aliéner que comme mandataire, en vertu d'un pouvoir donné par le mandant. Mais la vente n'était possible qu'en cas de non paiement à l'échéance ; aussi, si elle était faite avant l'échéance, il n'y avait pas aliénation, et le débiteur pouvait revendiquer.

A mesure que le crédit se développe, on sent le besoin de fortifier les droits du créancier; cette *pactio* qu'il fallait autrefois exprimer, devient de style. (Loi 4, Dig., liv. 13, tit. 7.) Sous Justinien, la faculté de vendre est de l'essence du contrat de gage. Elle existe nonobstant toute clause contraire; le créancier est seulement obligé, avant de vendre, de faire au débiteur, une triple dénonciation.

Dans cette seconde manifestation du gage, le droit du créancier contre le tiers détenteur consiste dans les *interdits*, qui permettent au créancier au moment de l'échéance de la dette, de réclamer la possession de l'objet mis en gage contre toute personne, fût-ce contre le propriétaire.

Ce contrat de gage ainsi constitué était un progrès; il présentait cependant des inconvénients graves : il privait notamment le débiteur de la possession de sa chose jusqu'à l'échéance de la dette. En pratique, on y remédiait par le contrat de précaire, c'est-à-dire que le créancier laissait à titre de précaire au débiteur la possession du gage, mais le

débiteur ne pouvait pas davantage se servir de l'objet mis une première fois en gage pour en tirer un nouveau moyen de crédit, dans le cas où la valeur de cet objet eût pu servir à la garantie d'une nouvelle dette.

Une difficulté nouvelle surgit qui inspira au préteur Servius une théorie nouvelle : il s'agissait du *colonus* qui n'ayant à lui que ses instruments d'agriculture, était dans la nécessité de garantir à son *dominus*, le paiement des arrérages qu'il lui devait. Les donner en gage eût été le priver de son moyen de cultiver.

On imagina alors de donner à la convention d'hypothèque, le pouvoir d'attribuer au créancier une action *in rem*, pour le mettre en possession de la chose, dans le cas de non paiement à l'échéance. Ce qui n'avait été d'abord inventé que pour le *colonus*, fut généralisé et le contrat d'hypothèque était créé. Une action réelle en résultait qui donnait naissance au droit de suite. On l'appela *action quasi-servienne ou hypothécaire.*

Avant d'entrer dans l'étude de cette action, il faut mentionner une voie de droit mise à la disposition du créancier gagiste pour agir au possessoire seulement et dans un cas particulier ; c'est l'interdit Salvien.

Il avait été établi au profit du *locator* d'un fonds rural afin de le mettre en possession des objets apportés par le fermier dans le fonds et affectés au paiement des fermages. (Gaius, IV, 147.) Il y avait

un grand inconvénient à dépouiller le *colonus* de ses instruments aratoires, car alors il n'aurait pû exploiter le fonds du *dominus :* on lui laissa donc la possession effective, et on donna à ce dernier l'interdit Salvien afin de se la faire attribuer quand il le jugerait nécessaire.

L'interdit Salvien appartenait à tout *locator* d'héritage rural, et coexista avec l'action hypothécaire.

CHAPITRE II.

DE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE.

L'action qui résulte de la convention d'hypothèque est réelle ; (Loi 18, Cod., liv. 8, tit. XIV.) Elle est donc accordée contre tout possesseur de la chose hypothéquée. Un rescrit de Dioclétien et Maximien qui forme la loi 12, Cod., liv. 8, tit. 28, pose d'une façon très-claire et très-précise le principe du droit de suite : « Si debitor rem sibi jure « pignoris obligatam, te non consentiente, dis- « traxit, dominium cum sua causa transtulit ad « emptorem. » L'art. 2114 du Code civil a reproduit intégralement le principe. Il faut étudier successivement la nature de l'action hypothécaire, ses conditions d'exercice, les formes de son exercice, et ses effets vis à vis des tiers détenteurs.

SECTION PREMIÈRE.

NATURE DE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE.

L'action hypothécaire, ou plutôt le droit qui lui donne naissance, est un droit accessoire. Son existence peut être liée à toute obligation : « sivè pecu- « nia mutua datur, sive dos, sive emptio venditio « contratratur, etc. » (Loi 5, Dig., liv. XX, tit. I.) Cette obligation peut être pure et simple, à terme ou sous condition, civile ou même naturelle. Il en résulte que si l'obligation disparaît, l'hypothèque tombe aussi : « Illud patet quod, si nullla obligatio « subsit, pignus non consistat. »

Le droit d'hypothèque est encore un droit éventuel ; il ne pourra être exercé que si l'on n'est pas payé au terme fixé.

C'est enfin un droit indivisible, c'est-à-dire que, quelle que soit la parcelle de l'objet hypothéqué qui se trouve entre les mains d'un tiers détenteur, celui-ci est soumis à l'action hypothécaire et doit payer toute la dette. L'indivisibilité de l'hypothèque reçoit une application considérable après le décès du débiteur.

En sens inverse, l'acquittement d'une partie de sa dette, n'a pas pour effet de dégager une partie

des biens hypothéqués tant qu'il n'y aura pas paiement intégrceal, tout ce qui a été hypothéqué continuera à être grevé pour le paiement de l'excédant « Quandiu non est integra pecunia creditori nu« merata, etiamsi pro parte majore eam consecutus « sit, distrahendi rem obligatam non amittit facul« tatem. » (Loi 6, Cod., liv. 8, tit. 38.)

SECTION II.

CONDITIONS D'EXERCICE DU DROIT HYPOTHÉCAIRE.

Le droit hypothécaire ne peut se manifester contre un tiers détenteur que sous plusieurs conditions ; quelles sont-elles ?

La première, c'est l'établissement régulier du *pignus* ou de l'*hypotheca* ; la seconde, c'est de ne pas être en possession ; en d'autres termes il faut que la propriété de la chose hypothéquée ait été acquise au tiers détenteur qui l'a reçue *cum suâ causâ*, à moins que l'aliénation n'ait été faite avec le consentement du créancier.

Si la propriété de la chose n'a pas été aliénée, mais si le débiteur s'est contenté de constituer un droit réel sur cette chose, par exemple un usufruit, une servitude, ces droits réels ne sont opposables au créancier, qu'autant qu'ils ne lui préjudicient

pas. (Loi 205, Dig. 50, 17.) Il en résulte que le jour où celui-ci non payé voudra saisir et vendre l'objet hypothéqué, il le fera sans tenir compte des droits concédés.

Il faut encore que la dette soit exigible : « Si « paciscatur creditor, ne intrà annum petat, intel- « ligitur de hypothecâ quoque idem pactus esse. »

SECTION III.

EFFETS DU DROIT DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES CONTRE LES TIERS DÉTENTEURS.

Le droit principal du créancier hypothécaire, droit qui résulte du but même de l'hypothèque, et qui par conséquent lui compète sans convention formelle, du moins dans l'opinion devenue dominante du temps des jurisconsultes, consiste dans la faculté de vendre le gage, afin de se faire payer sur le prix. (Loi 8, § 5, D. 13, 7.)

Cette idée est exprimée dans la loi 9, § 1, D. 20, 1 : Tout ce qui peut faire l'objet d'une vente peut faire l'objet d'un contrat de gage, et si la chose d'autrui qui peut être vendue, ne peut faire l'objet d'un contrat de gage, cela tient à ce que du contrat de vente, il ne naît qu'une obligation, tandis que le contrat d'hypothèque produit une action *in rem*.

Il faut pourtant reconnaître que l'hypothèque de la chose d'autrui était considérée comme valable, quand plus tard le constituant était devenu propriétaire. Dans ce cas, on donnait au créanéier une action quasi-servienne utile (Loi 41, Dig., *De pign. act.*). Mais qu'arrivait-il si la constitution d'hypothèque ayant été faite à l'insu du véritable propriétaire, celui-ci devenait ensuite l'héritier du constituant ?

Je pense avec la loi 41, Dig., *De pign. act.* que l'adition d'hérédité ne devait pas être considérée comme une ratification du contrat de gage, et que le créancier n'avait pas l'action hypothécaire.

Le droit de vendre est donc de l'essence du contrat d'hypothèque, et tout créancier hypothécaire peut vendre.

Mais cette proposition pour rester vraie doit être expliquée. Il faut distinguer deux cas :

1° La vente est faite par le créancier premier en rang (*antiquior creditor*); dans ce cas les créanciers hypothécaires postérieurs perdent leur droit de suite ; ils n'ont qu'une action personnelle pour obtenir l'excédant du prix de la vente sur la créance du premier créancier hypothécaire. (Loi 12, § 5, D. 20. 4.)

En principe, le premier créancier hypothécaire pouvait seul vendre la chose, et les autres étaient condamnés à l'inaction tant qu'il n'agissait pas ; mais en fait, il pouvait arriver que la vente eut été faite par tout autre créancier ; c'est le second cas :

2° La vente a été faite par tout autre créancier ; l'acheteur pourra être évincé par le créancier premier en rang et il n'aura contre son vendeur qu'une action en garantie (Loi 1, Cod. 8. 46). — Donc l'acheteur qui traite avec un créancier n'est en sûreté que s'il a traité avec le premier créancier, ou si ayant traité avec le second, le premier a été désintéressé.

Le droit de vendre implique, du reste, chez le creancier le droit de se faire restituer la chose per tout possesseur (Loi 66, § 3, D., 20..1).

Cependant le droit d'aliéner peut être subordonnée à certaines conditions par convention ou par testament (Loi 3, § 1, Cod. 8. 34), mais il ne peux pas être enlevé entièrement au créancier gagiste (Lois 1 et 5, D. 13. 7).

La vente du gage est donc une faculté pour le créancier gagiste, mais il n'est pas obligé de faire cette vente (Loi 13, D. 13.7). Il peut garder la chose jusqu'au paiement, et le débiteur ne peut lui reprocher de n'avoir pas saisi une bonne occasion de vendre (Loi 6, D. 13. 7). Le débiteur cependant peut sortir de cette situation ; il n'a qu'à chercher lui-même un acheteur et négocier lui-même la vente ; dans ce cas, le créancier sera dans la nécessité d'exhiber la chose à l'acheteur pour qu'il en apprécie la valeur. Mais on sera obligé de garantir au créancier le paiement de tous les frais (Loi 6, *in fine*, 13. 7).

Le créancier peut vendre malgré le débiteur les

objets donnés en gage ; il faut même aller plus loin : et s'il arrive que plusieurs choses sont données en gage pour la même dette, le créancier peut choisir celles qu'il lui convient de vendre (Loi 8, D., *De distr. pign.*). Cependant quand on a hypothèque sur les biens meubles et immeubles, on ne peut vendre les immeubles sans avoir auparavant discuté les meubles (Loi 15, § 2, D. 42. 1).

Cette loi a été abolie par l'ordonnance de 1579, (art. 74) qui en restreignit l'application aux mineurs. Je réserve cependant quelques coutumes qui continuèrent à appliquer le droit romain.

On ne faisait exception à la règle précédente que dans le cas où un débiteur qui a donné en gage tous ses biens, en a donné quelques uns spécialement ; dans ce cas il faut que le créancier vende d'abord les objets donnés spécialement en gage. (Loi 9, Cod. *de distr. pign.*).

La vente du gage pour la satisfaction du créancier, peut être faite soit par le créancier lui-même, soit par l'autorité du magistrat.

Ce dernier mode n'est exigé que pour les gages saisis sur le débiteur, également en vertu de l'autorité du magistrat, et ne peut avoir lieu que deux mois après cette saisie. (Loi 31. D. 42. 1.).

Dans les autres cas, le créancier peut opérer lui-même la vente de la chose donnée en gage, aussitôt que la dette est échue, sans que le paiement ait été fait, (Loi 8. § 3. D. 13. 7.) mais non cependant sans avoir formellement dénoncé au débiteur son inten-

tion de vendre la chose dans le cas où elle ne serait pas dégagée. (Loi 4, Code 8. 23.)

Il n'y avait en droit romain aucune publicité exigée pour la vente du gage ; on voit toutefois apparaître dans les textes une certaine publicité, *præscriptio*, à laquelle le créancier a recours dans son intéret et dans celui du débiteur. (Loi 4. Cod. 8. 28.)

Mais ici deux hypothèses peuvent se présenter :

1° Le mode de vente peut être prescrit et réglé par les parties dans le contrat de *Pignus* par une *Pactio ;* dans ce cas, la volonté des parties fait la loi : « *ea observari de quibus inter creditorem et debitorem conventum est.* »

2° Les parties ont interdit par un pacte le droit de vente ; sous Justinien, ce pacte est inefficace ; on pourra vendre, mais on ne pourra le faire qu'après trois dénonciations adressées au débiteur. (Loi 3 *in fine*. D. 13. 7.)

Le créancier doit livrer à l'acheteur la possession de la chose, ou s'il ne l'a pas lui-même, lui céder le droit qu'il a de l'obtenir ou les actions qui tendent à ce but. (Loi 13. D. Liv. 13. 7.)

Si après que le créancier est pleinement satisfait, il reste quelque chose du prix de vente, il doit remettre cet excédant au débiteur ou au créancier suivant.

Réciproquement, si le prix ne suffit pas à la complète satisfaction du créancier, le débiteur reste toujours obligé envers lui pour le surplus. (Loi 9.

D. Liv. 20. 4). A l'époque classique, on pouvait convenir que le créancier non payé garderait le gage et en deviendrait *ipso facto* propriétaire. (§ 9 *frag. vat.*) Cette convention se nommait *Lex commissoria*. Elle fut réputée dangereuse et Constantin la déclara nulle. (Loi 3. Code. Liv. 8. Liv. 8. tit. 35.) L'article 2078 consacre aujourd'hui cette nullité.

Cependant, il pouvait arriver qu'en l'absence de toute convention, la chose fût acquise au créancier. Supposons en effet que le moment de la vente soit venu ; il a fait une *denuntiatio* ; deux ans se sont écoulés depuis cet acte ; il ne se présente pas d'acheteur. C'est alors qu'on a recours à une sorte de *præscriptio publica :* nouvelle sommation et invitation de payer. Cette sommation en l'absence du débiteur, est faite par le ministère du juge, avec indication d'un délai fixe. Puis, si à l'expiration de ce nouveau délai, le débiteur n'a pas payé, ou n'a payé qu'une partie de la dette, le créancier s'adresse à l'Empereur pour lui demander la concession de la propriété de la chose donnée en gage, moyennant une estimation faite par un arbitre. Cependant le débiteur pourra encore reprendre sa chose pendant deux ans en payant sa dette, capital, intérêts et frais.

De nos jours, le créancier peut devenir propriétaire par une attribution du juge. (2078.)

SECTION IV.

FORMES DE L'EXERCICE DU DROIT DE SUITE.

Le créancier non payé à l'échéance se rendait devant le magistrat pour se faire délivrer une formule et faire reconnaître l'existence de son droit d'hypothèque.

Mais pour exercer l'action dont le but est d'arriver à la possession de la chose, à la reconnaissance du droit de gage (16. D. 20 1) il faut nécessairement remplir certaines conditions ; quelles sont-elles ? La première, c'est l'établissement régulier du *pignus* ou de l'*hypotheca*, la seconde, c'est de ne pas être en possession, peu importe qu'on l'ait perdue ou qu'on ne l'ait jamais eue. (14. D. 20. 1.)

Le tiers détenteur, quel qu'il soit, est soumis à la poursuite, à moins toutefois qu'il ne soit antérieur en rang, soit de son chef, soit comme représentant d'un créancier ayant une cause légitime de préférence. Une fois devant le magistrat, le demandeur devra offrir la preuve de tous les faits ; ainsi il devra établir : 1° Qu'il est créancier (10. Cod. 4. 28.) 2° Que la chose qui fait l'objet de la poursuite lui a été valablement hypotéquée, et par suite que le constituant en était propriétaire, ou tout au moins

l'avait *in bonis* quand la convention a été conclue (21. D. 22. 2.). 3° Que le défendeur a la chose en sa possession où a cessé de la posséder par dol ; (16-3° D. 20. 1). 4° Si l'action est dirigée contre un créancier hypothécaire le demandeur devra en outre prouver que son droit est préférable. (12. D. 20, 4.)

Si maintenant nous supposons la formule délivrée, les preuves énumérées ci-dessus faites et admises par le juge, comment va se terminer le procès ?

L'action hypothécaire est une de ces actions dites *arbitraires* qui ouvrent deux issues au défendeur, ou exécuter l'*arbitrium* du juge ou être condamné.

Sous Justinien, l'*arbitrium* se transforme en jugement exécutoire et le défendeur à l'action hypothécaire est condamné immédiatement à la restitution de la chose et subsidiairement à des dommages-intérêts.

A l'époque classique, l'*arbitrium* du juge donnait au défendeur le choix entre deux parties ou bien payer la dette en principal et accessoires en se faisant céder tous les droits et actions du créancier, ou bien abandonner la chose hypothéquée, c'est-à-dire *délaisser* : « in vindicatione pignoris si rem, « de quâ actum est, possideat is, cum quo actum « est, et aut pecuniam solvat, aut rem restituat, « æque absolvendus est ; si vero neutrum horum fa- « cit, condemnatio sequetur. » (16. 3° D. 20. 1.)

Mais le créancier a-t-il droit à la restitution des fruits ? Pas de doute pour ceux perçus depuis la *litis*

contestatio ; quant à ceux perçus antérieurement, la loi 16-4° *loc. cit.* décide qu'on ne peut les réclamer par l'action hypothécaire, qu'autant que la valeur de la chose engagée est inférieure à la somme due au créancier; le juge ne peut ordonner la restitution que de ceux *adhuc exstantes,* s'il s'agit d'un possesseur de bonne foi; quant au psssesseur de mauvaise foi, il les rendra tous. (22. Cod. 3. 32.)

L'*arbitratus judicis* peut-il être exécuté *manu militari,* ou bien le juge n'a-t-il que le pouvoir de condamner? On a argumenté pour soutenir la *manus militaris* d'un texte d'Ulpien (68. D. 6. 1°) qui est spécial à la revendication. Cette solution ne saurait être étendue au cas qui nous occupe.

2° Le tiers détenteur ne veut ni payer la dette, ni délaisser l'objet; n'ayant point obéi au *jussus,* il sera condamné.

Mais quel sera le montant de la condamnation ?

En principe elle est égale à l'intérêt pécuniaire qu'avait le demandeur à l'exécution du *jussus;* mais ici l'*arbitratus judicis* est double; le défendeur sera-t-il condamné à payer le montant de la créance hypothécaire, ou une valeur égale à la chose hypothéquée? Ulpien (Loi 21-3°, D. 20. 1), distingue suivant que l'action est dirigée contre le débiteur ou contre un tiers détenteur. Dans le premier cas, la condamnation ne pourra dépasser le montant de la dette qui est précisément la mesure de l'intérêt du créancier; dans le second cas, la

condamnation sera égale à la valeur de la chose hypothéquée. Pourquoi ? C'est parce que le créancier pouvait craindre, s'il était simplement désintéressé, que le débiteur ne vint lui offrir ensuite la somme due et réclamer de lui par l'action *pigneratitia directa*, la chose engagée ; le créancier ne pouvant la lui rendre serait obligé de lui en payer la valeur, ce qui pourrait lui causer un préjudice. Ce résultat fâcheux sera évité en mettant dès à présent entre les mains du créancier une somme égale à la valeur de l'objet hypothéqué.

La loi 16-3° et 6° semble déroger à cette règle ; mais la contradiction n'est qu'apparente. En effet il s'agit ici d'un débiteur condamné à payer une somme supérieure à la dette, mais dans un cas tout particulier, celui où ce débiteur a cessé de posséder par dol.

CHAPITRE III.

DES EXCEPTIONS QUE LE TIERS DÉTENTEUR PEUT OPPOSER A LA POURSUITE HYPOTHÉCAIRE.

Le tiers détenteur doit donc payer la dette ou délaisser la chose hypothéquée, sinon il peut être condamné à une somme supérieure au montant de la créance. Dans le droit actuel, l'acquéreur peut échapper à la poursuite en remplissant les formalités de la purge ; il n'en était pas ainsi à Rome où l'hypothèque était occulte ; toutefois, peu à peu, l'on avait donné au tiers détenteur certains moyens qui lui permettaient soit de repousser la poursuite d'une manière absolue, soit de la rendre moins onéreuse.

Ces moyens sont au nombre de cinq, savoir : 1° L'exception pour raison d'impenses ; 2° l'exception résultant d'un droit de gage antérieur ; 3° le bénéfice de discussion ; 4° le bénéfice de cession d'actions ; 5° l'exception de garantie.

1° *Exception pour raison d'impenses.*

Le tiers détenteur de bonne foi peut exiger le remboursement des impenses qu'il a faites à raison de la chose hypothéquée, et le créancier ne pourra

lui en enlever la possession qu'après l'avoir désintéressé, dans la limite du moins de la plus value procurée à la chose par ces impenses (Loi 29-2°, D. 20. 1). Si le chiffre des dépenses est moindre que la plus-value, il ne peut réclamer que ses dépenses elles-mêmes, car elles ne peuvent être pour lui la cause d'un enrichissement (Loi 38, *De rei vindicat.*).

Mais le tiers détenteur pourra-t-il réclamer complètement, le montant des impenses nécessaires? C'est discuté. Ulpien (Règl. VI, § 14), distingue les impenses en nécessaires, utiles et voluptuaires. Doit-on faire ici cette distinction?

Cujas répond négativement. Il appuie son opinion sur la loi 29, § 2 citée plus haut qui ne parle que de la plus-value.

Une seconde opinion distingue entre les dépenses nécessaires et les dépenses utiles. Les premières devront être remboursées intégralement. Si la loi 29, § 2, n'en a pas parlé, c'est que c'était inutile, personne ne devant s'enrichir aux dépens d'autrui. Mais il y a en outre un argument *à fortiori* tiré de la loi 5, Code, *De rei vendicatione* qui accorde formellement au possesseur de mauvaise foi le remboursement de ses impenses nécessaires; à plus forte raison doit-il en être de même pour un possesseur de bonne foi.

Dans l'opinion de Cujas on peut aller plus loin et se fonder sur la loi 44, § 1, D., *De damno infecto* qui refuse au tiers détenteur tout droit au rembour-

sement des impenses. Cette loi est antérieure à la loi 29, § 2, qui lui accorde la plus-value. On peut donc soutenir que la loi 29, § 2, forme une exception à la pure doctrine romaine et doit par conséquent être interprétée restrictivement.

2º *Exception résultant d'un droit de gage antérieur.*

Si le tiers détenteur poursuivi est lui-même un des créanciers à qui la chose a été affectée, l'action hypothécaire dirigée contre lui par un créancier sera repoussée, à moins que ce dernier n'établisse l'antériorité de son droit. S'il ne le fait pas, sa demande sera rejetée au moyen de l'exception « sinon « mihi antè pignoris hypothecæve nomine sit res « obligata » (Loi 12, D. 20. 4).

A l'occasion de cette exception, signalons une hypothèse rapportée par Ulpien dans son livre 73 sur l'Edit.

Le débiteur a hypothéqué sa chose à deux créanciers, *utrique in solidum.* Chacun d'eux pourra exercer l'action hypothécaire pour le tout contre les tiers détenteurs, mais si la question s'élève entre les deux créanciers, on donnera gain de cause à celui qui sera en possession, en lui permettant d'opposer à l'autre une exception ainsi conçue : « Si non convenit ut eadem res mihi quoque pi- « gnori esset. »

La solution serait différente, ajoute Ulpien, si la

chose avait été hypothéquée *pro partibus*. Dans ce cas, chaque créancier pourrait exercer l'action quasi-servienne jusqu'à concurrence de sa part, soit contre un tiers détenteur, soit contre l'autre créancier (Loi 10, *De pign. et hyp.*, D.).

3° *Du bénéfice de discussion.*

Le bénéfice de discussion est plutôt un tempérament d'équité qu'une institution juridique. L'idée première se présenta d'abord à l'esprit des jurisconsultes Romains à propos des fidéjusseurs. Un créancier se trouvait en présence d'un débiteur garanti par un fidéjusseur. A l'époque classique il n'avait qu'une seule action : il avait donc le choix de poursuivre le débiteur ou le fidéjusseur : son droit était épuisé quand il avait poursuivi l'un ou l'autre. Cela pouvait amener pour le fidéjusseur des inconvénients graves. On imagina de donner à ce dernier un moyen de concilier son intérêt et celui du créancier. Lorsque le créancier agissait contre le fidéjusseur, celui-ci pouvait, avant le procès, lui proposer l'arrangement suivant : il lui offrait de lui donner mandat de produire son action contre le débiteur principal. Si le créancier acceptait, il épuisait son action contre le débiteur, et s'il n'était pas complètement désintéressé, se retournait contre le fidéjusseur par l'action de mandat. Cet arrange-

ment devait se faire avant la *litiscontestatio* (Inst., *mandat.*, § 2, tit. 26).

Plus tard, cette idée prit nettement place dans la législation sous la forme d'une clause qui devint de style dans le *mandatum credendœ pecuniœ.* Je donne mandat à Primus de prêter telle somme à Secundus ; je me rends ainsi co-débiteur avec Secundus vis à vis de Primus qui devient créancier par mon ordre ; seulement j'insère dans le contrat une clause en vertu de laquelle Primus ne pourra me poursuivre que si Secundns, débiteur principal ; est dans l'impossibilité de payer.

L'idée de donner le bénéfice de discussion au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué date de la jurisprudence classique. On le trouve formellement sanctionné dans une loi de Paul au Digeste (Loi 47, pr. *De jure fisci*). Toutefois longtemps avant Justinien il était tombé en désuétude, sans doute à cause des frais et du retard qu'il occasionnait. Il fut rétabli par Justinien dans la Novelle IV.

Avant d'en arriver à cette Novelle, il commença par décider que la poursuite du créancier contre un des débiteurs, n'épuiserait pas son droit de poursuivre les autres débiteurs. Désormais, il n'y avait plus de raison de laisser au créancier le droit de choisir celui des débiteurs qu'il lui convenait de poursuivre. C'est alors qu'il établit le bénéfice de discussion dans la Novelle IV.

Le chapitre I de cette constitution dispose que le

fidéjusseur ne doit pas être poursuivi avant le débiteur principal. Le chapitre II introduit et réglémente le bénéfice de discussion dont nous allons nous occuper.

Le créancier qui a un débiteur et un fidéjusseur, et de plus une hypothèque sur des biens appartenants, soit au débiteur, soit au fidéjusseur, soit à un tiers qui les a hypothéqués sans s'obliger personnellement à la dette, ne peut exercer son action hypothécaire qu'après avoir épuisé ses actions personnelles. Ainsi il doit poursuivre : 1° Le débiteur. 2° Le fidéjusseur. 3° Les biens hypothéqués entre les mains du tiers détenteur. Le créancier a même pour l'exercice de son action hypothécaire un certain ordre à observer : il doit poursuivre les biens hypothéqués. 1° Entre les mains du débiteur ; 2° Entre les mains du fidéjusseur. 3° Seulement alors entre les mains du tiers détenteur.

Quant aux conditions assez nombreuses destinées à prouver que la discussion ne sera pas inutile et à la faciliter, conditions que notre droit actuel exige, Justinien n'en parle pas, il se préoccupe seulement d'une hypothèse spéciale ; celle où le débiteur principal est absent ; et il décide alors que le tiers détenteur poursuivi pourra demander au juge un délai pour mettre en cause le débiteur ; ce délai passé, il sera forcé de payer ou de délaisser, sans pouvoir opposer désormais le bénéfice de discussion.

Telles sont les dispositions principales de la No-

velle IV, Justinien ajoute qu'elles ne sont pas nouvelles et qu'elles se trouvaient déjà dans une ancienne loi tombée en désuétude. On ne sait pas au juste ce que Justinien a voulu dire par là. Cujas (exposition des Novelles, livre 8, chap. 16), pense qu'il s'agit là d'une disposition du *jus civile* dérivant de l'interprétation des prudents.

Le *beneficium excussionis* dont nous venons de parler est appelé *personale* par les commenteurs, par opposition à celui qu'ils nomment *reale*, et que l'on trouve dans l'hypothèse suivante : Un débiteur affecte, pour garantir sa dette, tous ses biens en général, et spécialement tels immeubles : le créancier a évidemment sur tous un droit égal, et s'il n'est pas payé à l'échéance, il pourra exercer son action hypothécaire sur les biens qu'il lui plaît de choisir, tant sur ceux qui sont frappés de l'hypothèque générale que sur ceux atteints seulement par l'hypothèque spéciale. Le choix du créancier n'était point limité au temps des jurisconsultes classiques, mais les empereurs Sévère et Antonin, *utilitatis causâ*, contrairement au droit strict (2. Cod. 8, 14.), ont décidé autrement : « quamvis constet specialiter « quædam ut universa bona generaliter adversa- « rium tuum, pignori accepisse, et æquale jus in « omnibus habere, *juridictio tamen* temperanda « est. Ideoque si certum est, posse eum ex his quæ « nominatim ei pignori obligata sunt, universum « redigere debitum; ea, quæ postea ex eisdem bonis

« pignori accepisti, interim tibi non auferri præses « provinciæ jubebit. »

La même décision est reproduite dans un autre rescrit de Dioclétien et Maximien (Loi 9, Code *De distractione pignorum*, VIII. 28).

4° *Bénéfice de cession d'actions.*

On sait que le tiers détenteur, quand il est actionné hypothécairement, peut éviter la vente de son immeuble en payant la dette. Mais une fois la dette payée, il est de toute justice que le tiers détenteur ait son recours contre le débiteur principal, et pour assurer l'efficacité de ce recours, la loi romaine qui voit avec faveur le tiers détenteur payer sa dette, lui accorde le bénéfice de toute les actions qui appartenaient au créancier désintéressé. (Loi 19. D. 20, 4.)

Mais il ne faut pas confondre la cession d'actions avec ce que l'on appelle la *successio in locum*. Prenons quelques cas :

1° Celui où un créancier postérieur exerce le *jus offerendi* vis-à-vis d'un créancier antérieur (Loi 1. Cod. 8, 19).

Le créancier postérieur sera placé *in locum* du créancier antérieur, c'est-à-dire qu'il sera subrogé au droit d'hypothèque antérieur au sien : mais il n'est pas, comme dans le cas de cession d'actions,

subrogé à *tous les droits et actions* du créancier qu'il désintéresse. (Loi 1. Cod. 8, 19.)

2° Celui où un tiers fournit au débiteur l'argent nécessaire au paiement. Le débiteur ne peut donner à ce tiers prêteur des deniers que le rang de l'hypothèque que le paiement va lui permettre d'éteindre, et non la créance et l'hypothèque du créancier, comme cela a lieu au cas de cession d'actions. Il y a créance nouvelle et hypothèque nouvelle.

3° Ce cas offre une grande analogie avec celui de cession d'actions du tiers détenteur. Il s'agit d'un tiers acquéreur qui ne voulant pas payer son prix au débiteur qui lui vend, le délègue aux créanciers hypothécaires. Il n'obtiendra que la cession des actions qui grèvent l'immeuble qu'il a acheté, et non pas celle de toutes les actions qui peuvent appartenir aux créanciers hypothécaires à qui il a délégué son prix. Au contraire, si ce tiers acquéreur avait payé à son vendeur, et était actionné par les créanciers, il pouvait en payant de nouveau à ceux-ci, obtenir la cession d'actions. Pourquoi cette différence? C'est qu'en payant à son vendeur, de tiers acquéreur qu'il était, il est devenu tiers détenteur. Mais alors pourquoi mieux traiter le tiers détenteur que le tiers acquéreur? — Pourquoi accorder au premier la cession de toutes les actions, quand on n'accorde au second que celles qui grèvent l'immeuble qu'il a acheté?

La raison de cette différence de traitement se tire de la différence du but poursuivi par le tiers

acquéreur et le tiers détenteur. L'un ne cherche qu'une chose, rendre la vente définitive; en quoi le serait-elle davantage si on lui donnait hypothèque sur d'autres immeubles que celui acquis par lui?

L'autre, au contraire, cherche à garantir, au cas d'éviction à la suite d'une seconde attaque hypothécaire, le remboursement des sommes qu'il a déjà payées sur l'immeuble. Il ne peut être trop garanti; c'est pour cela qu'il obtient la cession de toutes les actions des créanciers hypothécaires.

A qui appartenait le bénéfice de cession d'actions?

Il appartenait d'abord au *mandator credendæ pecuniæ*. Le *mandator* forme avec avec le créancier un contrat synallagmatique; si donc ce dernier ne conserve pas ses actions pour les céder contre paiement au *mandator*, il ne remplit pas ses obligations et il ne pourra recourir contre son mandant, devenu fidéjusseur de son débiteur. C'est l'application pure et simple du droit commun : « prope est « ut à mandatori nihil consequi debeat, cum ipsius « vitio acciderit ne mandatori posset actionibus « cedere. » (95, § 11 *de solut.*)

Mais il est clair que la loi 95 § 11 *de solut.* ne pouvait être invoquée par un simple fidéjusseur, puisque la fidéjussion est un contrat unilatéral, et et que le créancier n'est tenu vis-à-vis du fidéjusseur d'aucune obligation.

Cujas (*lib.* 28 *quæst. Papin.*) et Pothier (oblig. n° 557) qui avaient d'abord confondu ces deux situations, ont fini par s'apercevoir de leur diffé-

rence frappante. Donc en droit romain le bénéfice de cession d'actions n'était pas ce qu'il est aujourd'hui dans l'art. 2037, un droit pour la caution, mais un pur tempéramment d'équité en sa faveur.

Cette habitude de céder ses actions au fidéjusseur ne reposait que sur un principe d'équité, et n'avait pas pour résultat de permettre au fidéjusseur d'écarter le créancier, s'il n'était prêt à lui céder toutes les actions qui garantissaient sa créance à l'origine. Le créancier ne devait que celles qu'il possédait encore au moment du paiement et encore cette dernière obligation cessait-elle complètement, si le créancier avait intérêt à conserver ses actions. Exemple : Je suppose que le créancier ait deux garanties, un gage et un fidéjusseur. Il se trouve que le gage au moment du paiement par le fidéjusseur est affecté à une autre créance. Dans ce cas, le créancier peut se dispenser de céder le gage au fidéjusseur. Pourquoi? Parce que, dit Perezius, *cessio foret damnosa creditori*.

Dans la jurisprudence classique, le bénéfice de cession d'actions n'est donc pas autre chose qu'une *exceptio doli ut actionibus cedat creditor*, et la règle de ce bénéfice peut se formuler ainsi :

« Le créancier ne doit être écarté que s'il refuse de céder les garanties qu'il possède et qu'il n'a pas juste intérêt à conserver. »

Entendu ainsi, le principe du bénéfice de cession d'action se trouve au digeste (Loi 19. 20. 4 *qui potiores in pignore)* ; mais pour ce qui est d'une exep-

tion *cedendarum actionum* dans le sens de l'art. 2037 de notre Code civil, nous en cherchons vainement le principe dans une loi du digeste.

Mais ces principes ont-ils été modifiés par l'établissement du bénéfice de discussion par Justinien ? M. Troplong a prétendu que oui, et voici son raisonnement : Du jour où le fidéjusseur ou le tiers détenteur ont eu le droit de renvoyer le créancier discuter le débiteur principal le créancier a perdu celui d'accorder au débiteur principal un pacte de *non petendo*; car par ce pacte, il rend inutile le bénéfice de discussion.

Généralisant cet argument qui peut lui-même être discuté. M. Troplong en a conclu que dans tous les cas un débiteur accessoire pouvait refuser de payer le créancier qui n'avait pas conservé intacte ses actions.

Mais c'est là une généralisation purement arbitraire et ne reposant sur aucun texte ; M. Troplong applique son argument à une hypothèse tout-à-fait différente de celle pour laquelle il a été fait. Il n'y a donc pas lieu de s'y arrêter.

Nous conclurons donc que, après comme avant la novelle IV, le benéfice de cession d'actions n'a jamais été pour le fidéjusseur comme pour le tiers détenteur, qu'une *exceptio doli ut actionibus cedat creditor*, et que par suite, le créancicr n'a jamais eu à céder que les actions qu'il possède au moment du du paiement et qu'il n'a pas juste intérêt à conserver.

5° *Exception de garantie.*

On peut ajouter à la liste des exceptions que le tiers détenteur peut opposer au créancier, l'exception dite de garantie. Quand le créancier hypothécaire est obligé à la garantie vis-à-vis du tiers acquéreur qu'il poursuit, celui-ci peut repousser l'action qui le menace par l'exception de garantie. Exemple : Primus vend à Secundus le fonds Cornélien hypothéqué à Tertius. Primus meurt et Tertius est son héritier. Tertius est donc à la fois créancier hypothécaire et ayant-cause du vendeur de l'immeuble. S'il agit hypothécairement contre Secundus, celui-ci pourra lui opposer l'exeption de garantie. C'est l'application pure et simple du principe et de la règle : « Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem « repellit exceptio. »

CHAPITRE IV.

EXTINCTION DU DROIT DE SUITE.

L'hypothèque est un droit accessoire, dont l'existence est intimement liée à celle de l'obligation principale ; aussi peut-on dire que les causes d'extinction de cette dernière font également disparaître le droit de suite.

De là il résulte que le paiement ou toute autre satisfaction, qui désintéresse le créancier fait tomber l'hypothèque.

Ce principe est soumis à deux modifications : quelquefois l'hypothèque tombe et l'obligation continue de subsister ; quelquefois c'est l'hypothèque qui survit à l'obligation principale.

Enumérons rapidement les causes d'extinction de l'hypothèque :

1° L'ypothèque a été restreinte à un certain nombre d'années ou bien constituée sous condition, bien que la dette soit pure et simple ; le terme étant arrivé, la condition venant à défaillir, l'hypothèque n'existe plus. (6. pr. D. 20, 6).

2° La perte totale de la chose amène aussi l'extrinction de l'hypothèque. (8 pr. D. 20. 6.)

3° Le droit de celui qui a constitué l'hypothèque

venant à tomber, l'hypothèque disparaît également. A l'origine, l'arrivée de la condition résolutoire ne donnait à celui qui pouvait l'invoquer qu'une action personnelle pour réclamer la chose ; les droits des tiers n'étaient pas atteints par la nouvelle translation. Dans la suite, Ulpien admit que le seul fait de l'arrivée de la condition retransférerait la propriété de plein droit et procurerait une action *in rem* au propriétaire ; Justinien consacra cette nouvelle doctrine. (3. D. 20. 6).

4° L'hypothèque s'éteint encore quand le créancier renonce à son droit expressément soit tacitement ; ainsi le consentement donné par le créancier à l'aliénation de la chose hypothéquée, est censé contenir une renonciation, l'immeuble est affranchi dès ce moment ; mais le créancier peut avoir permis la vente et réservé tous ses droits ; dans ce cas il ne pourra éprouver aucun préjudice.

5° Au cas de prescription, l'hypothèque s'éteint indépendamment de la dette.

L'hypothèque peut donc disparaître et l'obligation principale continuer de subsister ; le contraire peut se présenter également.

En effet nous avons vu que l'hypothèque pouvait garantir une obligation naturelle. Or le créancier dont la créance primitive est éteinte, qui perd les moyens de poursuivre son débiteur par suite d'une nécessité juridique, n'en conserve pas moins son droit de gage. (Gaius 111, 180,) — (14-1° D. 20, 1.) Toute les fois qu'une obligation naturelle survit à

une obligation civile garantie par une hypothèque, l'hypothèque continue à garantir l'obligation naturelle.

On vient de voir rapidement les principales causes d'extinction de l'hypothèque ; il reste à se demander s'il n'y a pas en droit romain certains cas analogues à la purge du droit français, c'est-à-dire s'il n'arrive pas parfois que le droit de suite disparaissant, le droit de préférence subsiste néanmoins ; nous trouvons au Digeste un texte de Gaius qui semble lier d'une manière indissoluble le droit de gage au droit de suite, de telle sorte que ce dernier n'existant plus, l'hypothèque serait elle-même éteinte : « Nullnm enim pignus est cujus persecutio « negatur. (27. pr. D. 9. 4).

Toutefois on va voir qu'il existe quelques dérogations à ce principe.

1° Si la chose hypothéquée à plusieurs créanciers a été vendue par celui qui est le premier en rang, pour une somme que nous supposons supérieure au total des créances, les créanciers postérieurs n'ont plus leur droit de suite, et le prix sera partagé conformément à l'ordre d'hypothèque qu'ils occupent. (12-5° D. 20. 4.)

A ce propos on peut se poser une question. Le créancier premier en rang a vendu le gage, et cette vente a produit un prix supérieur au montant de sa créance. Doit-il compte de l'excédant aux créanciers postérieurs ?

Il est d'abord évident qu'il ne peut garder cet ex-

cédent ; il doit donc le remettre au débiteur ou aux créanciers postérieurs. Mais quelle action ont les derniers pour obtenir leur paiement ? Les textes sont muets à cet égard ; mais on peut supposer que les jurisconsultes avaient trouvé un moyen pratique de suppléer au silence de la loi à cet égard au moyen des principes généraux. On donnera donc aux créanciers postérieurs une action *pigneratitia directa*, *utile*, et de cette façon leur droit sera sauvegardé.

2° Il en serait de même si le créancier avait consenti à ce que le débiteur aliéne la chose hypothéquée, tout en réservant son droit de préférence sur le prix de cette chose. (7. pr. D. 6).

3° La vente d'une chose hypothéquée, par le fisc' laisse qu'une action en indemnité, (inst. 11. 6. 14.) contre le trésor.

Nous avons terminé l'étude du droit de suite d'après le droit romain ; nous l'avons vu à son origine, dans ses transformations, dans son exercice. Il nous reste à faire le même travail en droit coutumier et en droit français, seulement quand nous parlerons du droit de suite d'après le Code civil, nous n'oublierons pas qu'il s'agit non plus d'une institution, d'un intérêt purement historique et qui ne demande qu'à être étudiée dans son ensemble et non dans les détails de son application, mais d'un système actuellement en usage dont il importe de connaître parfaitement le mécanisme et les applications. C'est ce qui explique la part prépondérante attribuée au droit français dans ce travail.

DROIT COUTUMIER

DU DROIT DE SUITE
EN MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE.

CHAPITRE PREMIER.

NOTIONS GÉNÉRALES SUR L'HYPOTHÈQUE EN DROIT COUTUMIER.

La législation coutumière en ce qui concerne l'hypothèque n'offre pas de différences radicales avec le système romain ; elle en est plutôt la continuation et comme le développent. Les jurisconsultes coutumiers reçurent l'hypothèque du droit romain, mais ayant avant tout le sentiment des nécessités pratiques de leur époque, ils se gardèrent bien d'appliquer en bloc à un pays sortant à peine de la féodalité, une législation destinée à un état politique et à un régime des livres bien différents.

Ils s'attachèrent donc à approprier à l'état social de la France de cette époque, sans le modifier dans ses parties essentielles, le régime hypothécaire qu'ils trouvaient dans le Digeste.

C'est seulement au commencement du XIVe siècle, que nous rencontrons l'hypothèque dans le vieux droit français. En 1302, Philippe-le-Bel accorde aux habitants nobles et bourgeois du pays d'Auxerre des lettres-patentes où il est question du règlement du conflit entre le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué et le créancier hypothécaire. Le roi accorde au tiers-détenteur le bénéfice de discussion pour le cas où il resterait aux mains du débiteur des biens suffisants pour garantir la créance.

On voit bien clairement par là que le droit de suite en matière hypothécaire existait dejà à cette époque.

Peu à peu l'étude du droit romain se généralise dans les universités ; le droit d'hypothèque se forme dans la législation coutumière avec les caractères traditionnels qu'il prend dans la législation romaine. Cependant il se caractérise par certains côtés originaux qu'il importe de mettre en lumière.

Le droit de suite n'est pas le droit d'hypothèque exercé vis-à-vis d'un tiers détenteur; mais le créancier est titulaire de trois actions :

1° Action personnelle hypothécaire qui a pour but le paiement de la dette vis-à-vis d'un détenteur

personnellement obligé ; un héritier par exemple ;

2° Action réelle hypothécaire donnée contre un tiers détenteur tenu seulement *propter rem* afin de se faire délaisser ou payer, s'il préfère garder l'immeuble.

3° Action en interruption. Elle avait pour but d'obtenir un acte déclaratif de l'hypothèque et interruptif de la prescription. Elle était accordée contre tout tiers détenteur, et à chaque mutation de propriété ; aucune exception ne lui était opposable. Elle interrompait le temps pendant lequel le détendeur avait pu prescrire la libération de l'hypothèque dont son héritage était chargé, en le possédant comme héritage franc. Elle pouvait se produire, en égard à son objet, au cas de terme non échue et de dette conditionnelle. Sur cette action, le tiers détenteur pouvait être condamné à passer titre nouvel de reconnaissance ou déclaration d'hypothèque.

Le droit coutumier n'admettait généralement d'hypothèque que sur les biens corporels et incorporels *immobiliers ;* exemple : une rente foncière, un droit de fief, de justice, un droit d'hypothèque même : — Le droit romain, au contraire, admettait l'hpothèque sur toute chose *in commercio*, meuble ou immeuble.

Certaines coutumes (Bretague, Languedoc, Normandie) admettaient sur les meubles un droit d'hypothèque réduit au droit de préférence, « meubles n'ont pas de suite » disait Loysel.

En droit romain, la convention seule suffisait à constituer un droit d'hypothèque. En droit coutumier, il fallait un acte notarié; ou plutôt tout acte revêtu de la formule exécutoire, emportait hypothèque de tous les biens présents et à venir du débiteur; de sorte que Pothier pouvait dire avec raison que « c'était l'autorité publique du sceau dont l'acte était muni qui faisait naître l'hypothèque » et que « l'hypothèque résultait plutôt du titre que de la convention. »

Dans les coutumes de nantissement, il fallait de plus les formalités de la dessaisine, saisine, supprimées en ce qui concerne l'hypothèque, par l'Édit de juin 1771. Nous allons en parler à propos de l'historique de la publicité de l'hypothèque dont nous avons étudier les progrès qui modifièrent profondément les conditions et la forme d'exercice du droit de suite.

CHAPITRE II.

HISTORIQUE DE LA PUBLICITÉ DE L'HYPOTHÈQUE.

A Rome, la transmission entre vifs de la propriété ne s'opéra jamais par le seul consentement. Par propriété, les Romains se figuraient plus volontiers possession ; par transport de propriété, ils entendaient surtout le fait matériel de donner. Cette disposition d'esprit se manifesta dans la constitution des droits réels qui fut toujours accompagnée d'un certain formalisme. Dès lors la nécessité d'un système de publicité ne se fit pas sentir ; cette publicité résultait naturellement des formalités nécessaires pour effectuer le transport de la propriété ou la constitution du droit réel.

Le droit germanique offre également le spectacle des solennités sacramentelles et du matérialisme de la forme propre aux nations où la législation est encore dans l'enfance. Le besoin d'une publicité spéciale ne se fait pas sentir davantage.

Quand le droit français se forme en transformant les coutumes germaniques dans le nord, et en s'assimilant le droit romain dans le midi, le droit hypothécaire est inconnu, tant que le développement du commerce et le besoin de crédit n'en exigent

pas impérieusement la constitution, Pendant tout le moyen âge l'hypothèque est à peu près inconnue et le gage, surtout le gage immobilier, procédé de crédit très-incommode et très-imparfait, est seul mis en usage.

Cependant le droit romain renaît en Italie, les textes de Justinien sont étudiés, commentés avec une sorte d'enthousiasme naïf; le régime hypothécaire romain est remis en vigueur dans toute la France, avec les quelques modifications de détail que les jurisconsultes coutumiers crurent devoir lui apporter et que nous avons exposées dans le chapitre premier.

Mais le vice essentiel de ce régime reste toujours le défaut de publicité; le propriétaire qui voulait vendre et emprunter ne le pouvait que difficilement, puisqu'il ne présentait à l'acquéreur et au prêteur d'autre garantie que sa bonne foi.

Cependant tant que la féodalité avait duré, les tiers avaient dû aux formalités de l'ensaisinement féodal à chaque mutation de propriété une protection qui n'était pas sans efficacité. Le formalisme qui n'était institué que pour la satisfaction de la maxime : nulle terre sans seigneur avait par contre coup favorisé le crédit par la publicité qu'il procurait aux mutations de propriété, mais le droit romain reparut et le midi d'abord, puis la plus grande partie de la France ne tardèrent pas à secouer le joug féodal. L'ensaisinement devient un simple prétexte au paiement de droits de mutation. Il

n'est plus accompagné d'aucune publicité. On se contente, comme à Rome, de la tradition feinte, artificielle qui devient de style dans les actes notariés. Un premier acheteur peut revendiquer le bien contre un second acheteur en possession matérielle.

Toutefois il n'en fut pas partout ainsi. Par une fidélité excessive aux principes féodaux, certaines coutumes du Nord-Est (Hainaut, Cambrésis, Flandre, Picardie, Champagne) continuèrent à exiger l'ensaisinement qui dut se faire par justice (*Cout.* Artois 71). Dans les *Coutumes de nantissement*, on ne tarda pas à s'apercevoir que l'ensaisinement, conservé d'abord par respect pour le passé, donnait à la translation de la propriété, une publicité favorable à l'intérêt des tiers. On l'étendit même aux alleux. Cet état de choses dura jusqu'à la Révolution française dans les pays de nantissement.

Dans le reste de la France, les vices de l'hypothèque occulte ne tardèrent pas à frapper les jurisconsultes.

Mais il ne faudrait pas voir un système de publicité des droits réels dans les mesures prises par les rois de France pour soumettre à l'enregistrement les actes de mutation. Il n'y avait là qu'un but fiscal. Sully eut l'idée d'organiser la publicité de l'hypothèque. « Je voudrais, dit-il dans ses mé-
« moires (livre XXVI) qu'aucune personnne de
« quelque qualité et condition qu'elle pût être, ne
« pût emprunter sans qu'il fût déclaré quelles

« dettes pouvait déjà avoir l'emprunteur, à quelles « personnes, sur quels biens. »

Colbert voulut réaliser cette idée et en mars 1673, il fit rendre un Edit qui, malgré son peu de durée, n'en restera pas moins un des plus beaux monuments du droit français. Cet Edit a pour but, dit le préambule « de rendre publiques toutes les hypo- « thèques et de perfectionner par une disposition « universelle, ce que quelques coutumes de notre « pays avaient essayé de faire par la voie des sai- « sines et du nantissement. »

L'Edit de 1673 établissait dans les principaux baillages et sénéchaussées de chaque province, des greffes d'enregistrement correspondant à ce que nous appelons aujourd'hui « conservation des hypothèques. » Dans les greffes étaient tenus des registres publics. Le créancier opposant devait s'y faire inscrire et les mentions qui devaient accompagner l'inscription étaient à très-peu de chose près, les mêmes qui sont exigées aujourd'hui.

Toutefois il y avait, au point de vue de la publicité des hypothèques, une lacune considérable dans l'Edit : l'opposition faite par un créancier avait un effet rétroactif, si elle était prise dans les quatre mois de l'acte ou de la sentence d'où elle résultait, à la date de cet acte et de cette sentence. Il en résultait cet inconvénient grave que celui qui veut acquérir un immeuble ou prêter de l'argent sur hypothèque, peut bien savoir s'il existe actuellement des oppositions, mais il lui est impossible de

s'assurer si dans les quatre mois qui vont suivre, il n'en sera pas enregistré une qui passera ainsi avant lui. Cependant l'art. 26 essaie de remédier à cet inconvénient en déclarant stellionataires, ceux qui en aliénant des immeubles, ou en empruntant sur hypothèque, ne déclarent pas les contrats ou sentences intervenus dans les quatre mois précédents, et d'où pourrait résulter contre eux une hypothèque.

L'obliger de former opposition ne s'appliquait pas à l'hypothèque des femmes et des mineurs.

Telles étaient les dispositions principales de l'Edit de 1673. Mais cette institution nouvelle qui donnait satisfaction à tous les intérêts honnêtes, qui était une si puissante sauvegarde du crédit public, ne put réussir : les grands seigneurs étaient trop intéressés à cacher la véritable situation de leur fortune obérée pour ne pas employer tous les moyens susceptibles d'en paralyser l'application. Il y parvinrent, et l'année suivante, un Edit de 1674 vint révoquer celui de 1673. Colbert dans son *testament politique* accuse vivement la noblesse et le Parlement de cette révocation.

On en revint alors au système romain, sauf dans les pays de nantissement qui reprirent leurs anciens usages abrogés par l'art. 71 de l'Edit.

Jusqu'en juin 1771, aucune disposition législative concernant le droit de suite des créanciers hypothécaires n'intervint. Nous allons voir dans le chapitre suivant quel fut le but de l'Edit de juin 1771.

CHAPITRE III.

ORIGINE DE LA PURGE DES HYPOTHÈQUES.

En droit romain tout acquéreur d'une chose hypothéquée était soumis au droit de suite; quelle que fût du reste l'impossibilité où se trouvait cet acquéreur de savoir si cette chose était ou non grevée d'hypothèques.

Il y avait pourtant une exception : c'était le cas où la chose avait été achetée dans une vente publique (*subhastatio*) : en effet les créanciers hypothécaires prévenus par des affiches et des criées, devaient immédiatement exercer leur droit, sous peine d'être déchus (loi 6, Code 8.26).

Mais quant aux aliénations volontaires, le droit de suite persistait dans tous les cas, et le tiers acquéreur ne pouvait par aucun procédé, dégrever sa propriété. Il y avait là pour lui une situation vraiment intolérable. Cependant le droit romain ne fit rien pour améliorer sa position.

Dans notre ancien droit français, il en fut autrement, on comprit bientôt que le crédit public est intéressé à ce que la propriété ne reste pas incertaine et précaire. On voulut donc que, en toute hypothèse, et même dans le cas d'aliénation volon-

taire, l'acquéreur eût la possibilité de mettre le bien acquis par lui à l'abri de toute action hypocaire.

On imagina successivement pour cela deux moyens fort imparfaits et qui sont l'origine de notre purge des hypothèques.

Ce sont les décrets volontaires d'abord, puis en jain 1771, les lettres de ratification.

Comme les ventes judiciaires sur saisie, appelées ventes par décret, avaient pour effet de purger le bien ainsi vendu des droits réels et hypothèques dont il était grevé en vertu du brocard : *Décret forcé nettoie toutes hypothèques ;* on imagina de recourir à une vente judiciaire fictive, pour procurer à l'acquéreur le même bénéfice. Celui qui voulait aliéner consentait obligation notariée à un ami qui en donnait contre-lettre ; ce créancier apparent, muni d'un titre exécutoire, saisissait et faisait vendre l'immeuble ; les créanciers hypothécaires étaient tenus sous peine de déchéance de le faire connaître et de produire à l'ordre ; une fois le prix payé, l'acquéreur se trouvait ainsi à l'abri de toutes les charges antérieurement consenties sur l'immeubie dont il s'était rendu adjudicataire.

Remarquons toutefois qu'au cas de prêt hypothécaire, les formalités se multipliaient : il fallait un premier décret volontaire fictif par lequel le créancier se rendait acquéreur, puis un deuxième décret pour revendre le fonds au débiteur. De cette façon ses hypothèques antérieures disparaissaient.

Cette procédure offrait des inconvénients qui la firent bientôt supprimer. Elle était longue, minutieuse, compliquée, et surtout onéreuse pour tous. Elle fut remplacée par les lettres de ratification.

Avant d'en exposer le mécanisme, mentionnons un autre moyen usité en Bretagne pour mettre ses acheteurs à l'abri de toute éviction. Nous voulons parler de l'*appropriance*. L'acquéreur après s'être mis en possession, faisait faire trois banniers ou publications tant de son contrat que de sa prise de possession. Les créanciers hypothécaires étaient tenus sous peine de déchéance, de former leurs oppositions dans la huitaine de la dernière publication avec faculté de surenchérir; si dans ce délai, aucune opposition n'était formée, ni aucune surenchère requise, l'acquéreur en payant son prix, se trouvait désormais à l'abri de toutes poursuites de la part du tiers.

Remarquons enfin que ces divers moyens de juger, y compris les lettres de ratification dont nous allons parler, parvenaient certainement à donner la sécurité aux acquéreurs, mais n'en donnaient aucune aux créanciers qui étaient toujours exposés à voir s'évanouir les garanties qui leur avaient été concédées, par suite de la découverte d'hypothèques occultes antérieurement consenties.

L'Edit de juin 1771 substitua les lettres de ratification aux décrets volontaires, l'acquéreur qui voulait payer et ne pas être exposé à des attaques ultérieures de la part des créanciers hypothécaires,

était tenu de déposer le contrat de vente au greffe du baillage ou sénéchaussée dans le ressort duquel était situé l'héritage vendu; le greffier devait, dans les trois jours du dépôt, inscrire dans un tableau placé à cet effet dans l'auditoire, un extrait du contrat; cet extrait restait exposé pendant deux mois, avant l'expiration desquels aucune lettre de ratification ne pouvait être obtenue sur le contrat. Pendant ces deux mois ou avant, les créanciers qui prétendaient avoir un droit d'hypothèque étaient tenus de former opposition entre les mains du conservateur et le défaut d'opposition entraînait l'échéance absolue des priviléges et hypothèques; l'obtention et le sceau des lettres de ratification, faisant évanouir les sûretés qu'ils pouvaient avoir et mettant l'acquéreur à l'abri de toute poursuite.

L'édit de 1771 qui ne faisait pas disparaître la clandestinité de l'hypothèque, ne fut point accepté dans les pays de nantissement. Le parlement de Flandre refusa de l'enregistrer. Les remontrances qu'il fit à ce sujet sont remarquables; il déclara « qu'il regardait la publicité des hypothèques « comme le chef-d'œuvre de la sagesse, comme le « sceau, l'appui et la sûreté des propriétés, comme « un droit fondamental dont l'usage avait produit « dans tous les temps les plus nouveaux effets, et « avait établi autant de confiance que de facilité « dans les affaires..... »

L'édit de 1771 forma le droit commun de la

France. Il fut un progrès, mais n'atteignit pas le degré de perfection de l'Edit de 1673.

Tel était l'état des choses quand survint la Révolution. Nous avons fait allusion aux décrets forcés de notre ancienne jurisprudence; c'était la mise à exécution du droit de suite et un progrès sur le droit romain. En droit romain, nous l'avons vu, le créancier premier en rang, pouvait seul vendre l'immeuble hypothéqué, c'est-à-dire qu'il pouvait seul vendre définitivement, et sans crainte pour l'acquéreur d'être évincé.

La vente, ainsi faite, produisait cet effet d'éteindre le droit de suite de tous les créanciers hypothécaires, qui ne conservaient qu'une action personnelle sur la différence en plus qu'il y avait entre le prix de l'immeuble ainsi obtenu de la créance du poursuivant. (Loi 12. D. 204.)

Le vice de ce système était manifeste, et les créanciers postérieurs au poursuivant perdaient leur droit de suite, sans aucune garantie de la sincérité du prix obtenu. Les jurisconsultes coutumiers résolurent d'y suppléer. Tout créancier put poursuivre la vente de l'immeuble hypothéqué, mais cette vente éteignait le droit de suite des créanciers pourvu qu'elle fût faite publiquement, sous certaines formalités qui permettaient les enchères. Le prix ainsi obtenu était définitif et distribué aux créanciers, suivant l'ordre de leurs oppositions et la préférence de leurs droits. Cette procédure était dite « des décrets forçés. »

Mais il ne faut pas oublier que les hypothèques étant occultes, le créancier ne pouvait provoquer, par forme de décret, la vente de l'immeuble hypothéqué sur le tiers détenteur, qu'après avoir, au moyen de l'action hypothécaire, fait condamner ce dernier, à payer ou à délaisser.

DROIT FRANÇAIS

DU DROIT DE SUITE
EN MATIERE HYPOTHÉCAIRE.

CHAPITRE PREMIER.

NATURE DU DROIT DE SUITE.

L'art. 2114 pose le principe du droit de suite en même temps qu'il définit l'hypothèque : « C'est un « droit réel affecté à l'acquittement d'une obliga- « tion..... *Il suit l'immeuble* en quelques mains « qu'il passe. »

Le droit de suite n'est donc autre chose que le droit d'hypothèque exercé contre les tiers détenteurs. D'autre part l'art. 2166 s'exprime ainsi : « Les créanciers ayant hypothèque inscrite sur un « immeuble, le *suivent* en quelques mains qu'il « passe. »

C'est un droit réel; il s'exerce directement sur une chose et c'est cette qualité qui permet aux créanciers hypothécaires de suivre partout l'immeuble ainsi grevé. Toutefois la situation de celui qui a hypothéqué son immeuble pour la dette d'autrui n'est pas absolument la même que celle du tiers possesseur de l'immeuble grevé. En effet dans le premier cas il y a entre le créancier hypothécaire et la caution réelle un contrat qui donne naissance de la part de cette dernière à certaines obligations personnelles, telle que celle de garantie. Le tiers détenteur n'est au contraire tenu que *propter rem ;* d'où la conséquence qu'il pourra toujours abandonner l'immeuble si mieux il n'aime abandonner la dette. Dans le bail à rente de notre ancienne jurisprudence, on appelait cela *déguerpir ;* en matière hypothécaire, on l'appelle *délaisser.*

C'est un droit accessoire : en effet il est constitué par le propriétaire sur son immeuble à la garantie d'une obligation ; son existence se trouve donc étroitement liée à l'existence de cette obligation, comme l'effet est lié à la cause.

C'est un droit éventuel ; il n'appartient pas à son son titulaire, le créancier, de l'exercer quand il le voudra comme cela se fait pour tout autre droit réel, un usufruit, une servitude. Son existence dépend de l'exécution ou de l'inexécution de l'obligation qu'il garantit. On comprend aisément que si la dette est remboursée à l'échéance, l'hypothèque

disparaît avec elle, et le droit de suite n'a pas pris naissance.

Enfin il diffère des autres droits réels par la manière dont il se réalise : il n'a pas pour but la prise de possession de l'immeuble grevé ; il ne vise au contraire qu'à faire mettre cet immeuble en vente sous certaines conditions déterminées par la loi et que nous étudierons spécialement. La vente est si bien de l'essence du droit de suite, que pour savoir si un droit peut y être soumis, il faut d'abord se demander si l'objet de ce droit peut être vendu aux enchères.

Ajoutons que le droit de suite ne s'exerce pas sur les meubles (2119).

CHAPITRE II.

CONDITIONS D'EXERCICE DU DROIT DE SUITE.

Comme nous venons de le voir, le droit de suite ne peut naître dans ses privilég.s valablement acquis ou une hypothèque régulièrement constituée (2166). Mais cela ne suffit pas. L'art. 2166 exige en effet autre chose : « Les créanciers ayant privilége « ou hypothèque *inscrite* sur un immeuble, *le sui-* « *vent en quelques mains* qu'il passe, pour être col- « loqués et payés suivant l'ordre de leurs créances « ou inscriptions. » Donc deux conditions pour que le droit de suite existe : le privilége ou l'hypothèque doivent être inscrits ; l'immeuble affecté doit passer des mains du débiteur dans celles d'un tiers.

SECTION PREMIÈRE.

NÉCESSITÉ D'UNE INSCRIPTION.

En principe, le créancier soit hypothécaire, soit privilégié doit, pour jouir du droit de suite avoir pris inscription *en temps utile*. Dès qu'on veut agir

sur des immeubles, il faut une inscription, même pour les priviléges de l'art. 2101, et on serait mal fondé à opposer au détenteur, la connaissance qu'il a eue du privilége par une autre voie que celle régulièrement déterminée par la loi.

Cependant il y a des exceptions. Les hypothèques légales de la femme mariée sur les biens de son mari, du mineur, l'interdit sur les biens de leur tuteur, produisent leur effet indépendamment de toute prescription. Pourtant les art. 2136 et 2137 obligent les maris et tuteurs à requérir inscription sur leurs propres biens, mais depuis l'abolition de la contrainte par corps qui était la sanction de cette obligation, ces deux articles peuvent être considérés comme lettre morte, et sa pratique ne les applique jamais.

Les incapables dont nous venons de parler peuvent donc, sans inscription préalable, intervenir dans tout ordre ouvert pour la distribution du prix des immeubles de leurs maris ou tuteurs, affectés à leurs créances, surenchérir en cas de purge sur aliénation volontaire de ces immeubles ; mais doivent-ils avant d'exercer directement leur droit de suite contre les tiers détenteurs, prendre préalablement inscription ? La question divise les auteurs. M. Troplong (Hyp. III, 778), notamment soutient l'affirmative. Suivant lui, l'hypothèque légale existe bien indépendamment de toute inscription d'après l'article 2185, mais elle doit être rendue publique dès qu'on veut l'exercer. Cette

opinion repose sur une distinction entre l'hypothèque qui reste à l'état inerte ou d'attente et celle qu'on entend mettre en mouvement au moyen de l'action hypothécaire. Mais cette distinction, dit Aubry et Rau (11 § 269), dont on ne trouve pas la moindre trace dans la loi répugne à la nature et à l'objet du droit hypothécaire qui, comme tout autre droit, est destiné, non à sommeiller, mais à se réaliser par les voies légales. Le droit de suite existant pour les hypothèques dont il s'agit, indépendamment de toute inscription, on ne voit pas pourquoi le créancier quand il veut l'exercer, serait obligé de prendre au préalable une inscription qui ne serait d'ailleurs d'aucune utilité réelle pour le tiers détenteur.

Toutefois le législateur de 1804 était allé trop loin dans la voie de protection pour les incapables : car pourquoi la femme devenue veuve, le mineur devenue majeur, le créancier subrogé à l'hypothèque de la femme, jouissaient-ils du bénéfice de la loi ? Ce bénéfice doit-il durer plus longtemps que l'incapacité qui l'a motivé ? Non, et c'est avec raison que la loi du 23 mars 1855 a admis les distincttons suivantes :

Art. 8. — « Si la veuve, le mineur devenu ma-
« jeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs hé-
« ritiers ou ayant-cause, n'ont pas pris inscription
« dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou
« la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne

« date à l'égard des tiers que du jour des inscrip-
« tions prises ultérieurement. »

L'article 9 exige en outre que le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme, prenne inscription.

On a signalé dans l'article 8 que nous venons de citer une lacune : il ne parle en effet que de la veuve, ce qui suppose le mari prédécédé ; le contraire peut arriver et la femme peut mourir la première laissant des enfants mineurs sous la tutelle de leur père. Ces enfants ont deux hypothèques ; celle de leur mère, et celle sur les biens de leur tuteur ; doivent-ils faire inscrire avant leur majorité et dans l'année qui suit la dissolution du mariage, l'hypothèque qu'ils tiennent du chef de leur mère ? L'affirmative est généralement admise par la doctrine et la jurisprudence. Il est inadmissible qu'un bénéfice de la loi personnel à la femme eu égard à son état de dépendance, reçoive dans l'intérêt des héritiers plus d'étendue qu'il n'en avait dans la personne de celui au profit duquel il a été établi. (Troplong. Transcription, 311. Aubry et Rau, 11, § 269). (Bordeaux, 12 mars 1860). On peut en dire autant du cas où la tutelle cesse par la mort du pupille en état de minorité ou d'interdiction, ses héritiers doivent faire inscrire l'hypothèque qu'ils tiennent de lui dans l'année de son décès.

Une inscription est donc nécessaire en général au créancier qui veut agir contre le tiers détenteur ; elle doit de plus être prise *en temps utile* ; c'est-à-

dire avant que l'immeuble hypothéqué soit sorti du patrimoine du débiteur. Mais quel est le moment précis où la transmission est effectuée encore et contre tous?

Sur ce point la législation a beaucoup varié.

En droit romain et dans notre ancien droit, nous le savons, il fallait la tradition pour opérer la transmission de la propriété ou des droits réels ; mais on ne comprit que fort tard les inconvénients que pouvait avoir pour les tiers le défaut de publicité des actes translatifs de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque.

On ne le comprit que fort tard ; en effet la demi-publicité qui résultait des formalités symboliques de la prise de possession suffit longtemps à pallier en partie ces inconvénients ; mais l'usage de la clause de déssaisine-saisine se multiplia et cette demi-publicité elle-même disparut. Tel était le droit commun ; pourtant nous avons vu en traitant du droit coutumier, que dans certaines provinces du nord, Flandre, Picardie, Champagne etc. appelées *pays de nantissement*, *coutumes de vest et dévest*, les mutations de propriété étaient rendues publiques par la conservation dans ces provinces des formalités d'investiture féodale. Nous avons vu la tentative de Colbert pour étendre, en le perfectionnant, ce régime à toute la France.

La Révolution française arriva ; et, dit un auteur, en ébranlant à la fois le crédit public et la confiance entre particuliers, vint mettre à nu les nombreuses

imperfections de la législation hypothécaire jusqu'alors en vigueur ; l'étendue et la gravité du mal devenu évident pour tous, réclamaient de prompts remèdes. (Aubry et Rau, 111. § 257).

La Constituante avait annexé aux tribunaux de district les chancelleries des bailliages établies par l'édit de 1771 et aboli les formalités de nantissement qui étaient remplacées dans les pays où ils existaient par une formalité plus simple, la transcription (septembre 1790).

L'Assemblée législative avait chargé un de ses comités de préparer une loi hypothécaire, mais elle se sépara sans l'avoir examinée.

La Convention par la loi du 9 messidor an III, composée de 279 articles, voulut enfin combler cette lacune, mais cette loi n'atteignit pas le but proposé et ne fut jamais mise en vigueur. Toutefois de graves innovations y avaient été introduites ; et le principe de la publicité des hypothèques et des mutations de propriété y avait été consacré. Mais la transcription subsistait encore comme élément essentiel du contrat même entre les parties.

Bornons-nous à relever les principales innovations de cette loi :

Elle consacrait le principe de la publicité et exigeait, à peine d'inefficacité de l'hypothèque, son inscription sur des registres tenus à cet effet dans chaque arrondissement communal. Elle n'admettait que des hypothèques conventionnelles ou judiciaires ; la spécialité de l'hypothèque n'apparaissait

pas encore et tout titre exécutoire entraînait encore hypothèque générale.

Elle exigeait un acte public pour toute aliénation d'immeubles ; c'était une idée heureuse et qu'il est regrettable de ne pas retrouver dans les lois postérieures. Il y aurait là en effet une source facile d'impôts pour l'État, et on arriverait ainsi à constituer une sorte d'état civil de la propriété foncière.

Cette dernière idée a fait l'objet au Sénat d'un discours de M. le président Bonjean, le 6 avril 1866.

Mais l'innovation la plus ingénieuse de la loi de messidor est l'institution de la cédule hypothécaire. Un propriétaire pouvait prendre inscription sur lui-même pour une durée qui ne pouvait excéder dix années, et jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur vénale des biens effectés, par la voie des cédules hypothécaires, sortes de lettres de change conférant hypothèque à la date de la réquisition chez le conservateur, transmissibles par endossement et formant contre celui qui les avait souscrites, un titre exécutoire. Le conservateur était garant de la valeur capitale qu'elles cautionnaient.

Cette idée qui à cette époque où florissaient les assignats, pouvait paraître une utopie révolutionnaire, vient d'être mis en pratique en Prusse, pays peu enclin pourtant aux nouveautés de ce genre, par une loi du 5 mai 1872. Si cette expérience des bons fonciers (*Grundschuld*) réussit, il est probable qu'elle ne tardera pas à être introduite partout. Il

y a là en effet un élément de crédit d'une grande puissance.

Vint enfin la loi du 11 brumaire an VII qui abrogeant toutes les lois antérieures sur ce sujet, mérita le nom de loi hypothécaire. C'est elle qui posa pour la première fois le principe de la division de l'aliénation entre les parties et envers le tiers. Entre les parties, la vente est parfaite par le seul consentement ; vis-à-vis des tiers, elle n'existe que du jour de la transcription.

Elle applique le principe de la publicité de la translation de la propriété immobilière et des constitutions de droits réels susceptibles d'hypothèque.

L'hypothèque doit être expressément consentie et ne résulte plus de la forme authentique de l'acte. Elle prohibe l'hypothèque des biens à venir. Elle soumet toutes les hypothèques sans exeption de même que les privilèges immobiliers à la formalité de l'inscription.

Elle pose pour la première fois le principe de la spécialité.

Le projet de Code de 1804 maintenait l'art. 26 de la loi de brumaire ; toutefois la théorie de la transcription avait encore des adversaires ; on ajourna la question de savoir si on la maintiendrait, au titre de la vente où on l'oublia. Le Code fut donc promulgué sans que la transcription fut ni adoptée ni repoussée expressément. Dans les années qui suivaient son apparition, on voulut soutenir que

l'art. 26 de la loi de brumaire avait été tacitement maintenu ; on argumenta de la lecture de quelques articles qui ne se comprennent passans la théorie de la transcription ; mais cette argumentation ne prévalut pas et la jurisprudence admit que la loi de brumaire avait été abandonnée. En résumé le Code admit bien comme la loi de brumaire la publicité de l'hypothèque, quoiqu'on eut proposé le retour au système romain, mais il rejeta le principe de la publicité de la translation de la propriété immobilière et des actes constitutifs de droits réels.

La propriété était transférée à l'égard des tiers comme entre les parties dès que celles-ci étaient d'accord sur la chose et sur le prix, et que la convention avait acquis date certaine.

Ce régime était affecté de deux vices frappants au point de vue des prêts hypothécaires. 1° Comment vérifier si l'emprunteur est encore propriétaire du gage qu'il offre, puisque son aliénation n'a pas du être publiée ? 2° En admettant que le jour où il consent une hypothèque, cet emprunteur est encore propriétaire, qui l'empêche de rendre cette hypothèque inefficace en vendant l'immeuble sur lequel elle repose, avant que le créancier n'ait eu le temps matériel de la faire inscrire ?

Le Code de procédure (art. 834) par une disposition prise surtout dans un but fiscal, remédia à ce second inconvénient. Il donna au créancier dont l'acte d'emprunt a date certaine antérieure à la vente, le droit de l'inscrire après l'aliénation et

même dans la quinzaine qui suivrait la transcription de l'acte d'aliénation volontaire. C'était une manière d'inviter l'acquéreur à faire transcrire son titre au plus tôt, afin de faire apparaître dans la la quinzaine les hypothèques qui pouvaient grever l'immeuble acquis par lui.

Toutefois il importe de remarquer que les créanciers retardataires en faveur desquels était établi le bénéfice de l'art. 834, se trouvaient dans une position inférieure à celle des créanciers inscrits avant la transcription, car l'acquéreur était dispensé, s'il voulait purger, de leur notifier son contrat conformément aux art. 2183 et 2184; d'où il pouvait résulter pour eux la déchéance de la faculté de surenchérir, s'il ne prenaient pas l'offensive (835). Restait toujours le premier inconvénient signalé ci-dessus : le vendeur d'un immeuble ou l'emprunteur sur hypothèque est-il bien le véritable propriétaire ? Impossible de le savoir tant que la transcription des mutations de propriété établie par la loi de brumaire et passée sous silence par le Code, ne sera pas rendue obligatoire.

Cependant la majorité des auteurs et la plupart des Cours d'appel étaient d'avis de revenir au principe de la loi de brumaire.

En 1841, le garde des sceaux, M. Martin (du Nord) nomme une grande commission chargée d'examiner et de préparer les modifications qu'il pourrait être utile d'introduire dans notre régime hypothécaire. La Révolution de février arrive

avant que rien n'ait été fait. En 1850, l'assemblée législative s'occupe de la question : M. Persil fait un rapport au nom de la commission nommée par le gouvernement, M. de Vatimesnil en rédige un autre au nom de la commission législative; M. Bethmont en édifie un troisième au Conseil d'Etat.

Les événements politiques empêchent l'Assemblée de mener à bonne fin son projet de réforme hypothécaire, et ce n'est que le 23 mars 1835 qu'est enfin votée la loi qui rétablit la transcription.

L'idée fondamentale de cette loi est que les actes entre-vifs qui déplacent la propriété immobilière ou qui l'affectent de manière à en modifier la valeur, en tant que gage hypothécaire, doivent être rendus publics au moyen de la transcription.

La sanction consiste en général (art. 3) en ce que le droit résultant d'actes soumis à la transcription, et non publiés demeurent sans effet à l'égard des tiers ayant des droits définis dans les art. 1 et 2, qui avant la transcription, auraient rempli eux-mêmes les formalités de publicité prescrites.

En résumé cette loi est une dérogation aux principes généraux du droit. En vertu de ces principes, toute contestation entre deux personnes qui ont acquis sur un immeuble des droits rivaux se règle par la date de la constitution de ces droits. Cette solution avait dans la pratique les inconvénients que nous avons signalés : la loi de 1855 tout en laissant les constitutions de droit indiquées aux art. 1

et 2 parfaites entre les parties contractantes et leurs successeurs universels, a modifié les principes dans les rapports respectifs de ceux qui ont acquis du démembrement de la propriété. Entre les personnes, au principe de l'antériorité du contrat de transmission, elle a substitué celui de l'antériorité de la publicité de ce contrat.

Quant aux hypothèques, nous savons que le droit de suite est subordonné à la prise d'une inscription avant que l'immeuble grevé soit sorti du patrimoine du débiteur. Recherchant le moment où cette sortie du patrimoine s'opère, nous avons vu que la législation avait beaucoup varié sur ce point. La loi de 1855 nous donne l'état actuel de cette législation. L'immeuble ne sort du patrimoine du débiteur, vis-à-vis du créancier hypothécaire, que du jour de la transcription de l'acte d'aliénation. En d'autres termes, l'inscription pour être utile, doit être prise par le créancier avant la transcription du contrat d'aliénation de l'immeuble grevé passé par le débiteur avec un tiers. C'est à ce prix que le droit de suite pourra être exercé.

Le législateur a fait fléchir la rigueur de ce principe dans trois cas :

1° Quand il s'agit de l'hypothèque légale d'une femme mariée ou d'un incapable.

2° Dans le cas, où le débiteur ou l'acquéreur d'un immeuble grevé, tombe en faillite, ou meurt laissant une succession qui n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire.

3° Quand le droit du créancier inscrivant se trouve être le privilége du vendeur ou du copartageant.

Quant au premier cas, nous ne nous y arrêterons pas. Nous avons vu en effet que les hypothèques légales des femmes et des mineurs et interdits produisaient leur effet indépendamment de toute inscription, sous la réserve de l'art. 8 de la loi de 1855 dont nous avons parlé.

Restent les deux autres cas : le premier limite le droit des créanciers hypothécaires de s'inscrire jusqu'à la transcription, lorsque certains événements surviennent du côté de l'acquéreur ; le second étend au contraire le droit au-delà de la transcription en faveur de certains créanciers privilégiés. Etudions-les successivement.

§ 1. *Influence de la faillite et de l'acceptation bénéficiaire sur le droit d'inscription des créanciers.*

Le créancier ayant hypothèque valablement constituée sur un immeuble, peut s'inscrire jusqu'à la transcription de l'acte d'aliénation de cet immeuble. L'article 2146 apporte à cette règle une exception pour deux cas analogues :

1° Les transcriptions ne produisent aucun effet si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls. L'article suppose que le débiteur tombe en

faillite avant, que l'inscription d'une hypothèque antérieure et valablement consentie, soit prises par le créancier. Il décide que cette inscription ne pourra plus être prise. L'art. 443 de l'ancien Code de commerce décidait que nul ne peut acquérir privilége ni hypothèque sur les biens du failli dans les dix jours qui ont précédé la faillite.

Ces deux dispositions ont été modifiées par la loi du 28 mai 1838.

L'art. 448 (nouveau Code de commerce), dispose que les droits d'hypothèque et de privilége *valablement acquis* pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite. En enlevant au failli le droit de disposer de ses biens, le jugement a fixé d'une manière irrévocable le sort de ses créanciers. Les choses doivent se passer entre eux de la même manière que si l'ordre avait pu avoir lieu au moment même du prononcé du jugement, Mais la nullité des inscriptions postérieures n'est pas absolue ; elle n'existe que dans l'intérêt de la masse des créanciers antérieurs au jugement. Les inscriptions sont donc opposables aux personnes qui deviennent créanciers du failli postérieurement à la faillite.

Mais l'article 448 ajoute ; néanmoins les inscriptions prises après l'époque de la cessation de paiement ou dans les jours qui précèdent, c'est-à-dire même avant le jugement déclaratif de faillite, *peuvent être déclarées nulles* s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de

l'hypothèque ou du privilége et celle de l'inscription. Ce délai sera augmenté d'un jour à raison de cinq myriamètres de distance entre le lieu où le droit d'hypothèque aura été acquis et le lieu où l'inscription sera prise.

Cette seconde disposition a pour but de prévenir une collusion entre entre le débiteur et son créancier qui ne s'inscrirait pas pour ne pas porter atteinte au crédit de son débiteur tant qu'il le croirait solvable, et l'engagerait de souscrire dès qu'il y aurait du danger.

Ce pouvoir discrétionnaire a été laissé au juge dans la crainte qu'un créancier hypothécaire n'attendît jusqu'à la veille de sa déclaration de faillite pour rendre public son droit, afin de rendre à son débiteur un crédit factice au détriment des tiers. Le tribunal devra donc surtout rechercher si le créancier négligent a été de bonne ou mauvaise foi, et annuler l'inscription au premier comme au second cas, si le retard a induit les tiers en erreur sur la véritable situation du débiteur failli (Aubry et Rau, II. § 272. Pont, Hyp. 888).

Remarquons que l'art. 448 C. com. ne s'applique qu'à l'inscription prise pour la sûreté d'une somme principale et non à celle qui est destinée à conserver les intérêts d'un capital ; ceci ressort du but qu'a voulu atteindre le législateur en permettant de prononcer sa nullité. Le créancier qui prend prescription pour sûreté des intérêts de son capital, n'a point cherché à tromper la masse en cachant son

hypothèque ; il a agi loyalement en vertu de l'article 2151.

Ce que nous venons de dire ne s'applique qu'à la faillite et non à la déconfiture ; car bien que la loi ait parlé de la déconfiture dans les art. 1276 et 2032, alle ne l'a organisée nulle part. Quant à la cession de biens (art. 1265), la loi du 22 juillet 1867 sur l'abolition de la contrainie par corps en matière civile lui a enlevé toute raison d'être.

2° Les créanciers ayant un droit soumis à la formalité de l'inscription, ne peuvent plus s'inscrire utilement après la mort de leur débiteur, *si sa succession n'a été acceptée que sous bénéfice d'inventaire* (2146).

L'acceptation bénéficiaire fait présumer l'insolvabilité de la succession, et la loi ne veut pas que les créanciers de cette succession soient ou non intégralement payés suivant qu'ils sont plus ou moins éloignés du lieu de l'ouverture. Du reste, il ne s'agit ici que du droit de préférence entre créanciers et non du droit de suite ; c'est pourquoi nous ne nous y arrêterons pas.

§ 2. *Des règles spéciales concernant la conservation des priviléges soumis à la condition de publicité au point de vue du droit de suite.*

En principe, les règles que nous avons exposées sur la nécessité de l'inscription et les délais dans lesquels elle doit être prise, s'appliquent aux pri-

viléges comme aux hypothèques. Pour exercer un droit de suite en vertu d'un privilége, il faut être inscrit avant la transcription de l'aliénation de l'immeuble sur lequel porte le privilége. Il y a à cette règle une double exception concernant le privilége du vendeur et celui du copartageant. Elle est tirée de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855 qui est ainsi conçu : « Le vendeur et le copartageant peuvent utilement inscrire leurs priviléges dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente ou de partage, nonobstant toute transcription contraire. »

Mais la faillite de l'acquéreur enlève-t-elle au vendeur, comme aux simples créanciers hypothécaires, et à partir du jugement, la faculté de rendre son privilége efficace à l'égard des créanciers de la masse ? La question est très-controversée. Le principal argument des auteurs, fort considérables d'ailleurs, qui pensent que le privilége n'est pas perdu est celui-ci : si le privilége du vendeur qui prime, à quelque époque qu'il ait été rendu public, ses hypothèques même antérieurement inscrites, n'était plus susceptible d'être utilement conservé en cas de faillite de l'acquéreur, il pourrait se faire que la déchéance encourue par le vendeur, profitât, non à la masse, mais aux créanciers hypothécaires dont les inscriptions auraient été prises en temps utile. Or le résultat est difficile à admettre. (Tarrible. *Rép.*, V° *Insc. hyp.* Persil, sur l'art. 2146; Grenier I, 225.)

Quelle que soit la valeur de cet argument, nous

pensons avec la jurisprudence (Nancy, 9 août 1854) que l'opinion contraire doit être admise en présence de l'art. 448 du Code de commerce qui ne distingue pas. (Dans le même sens Troplong, Rivière, Mourlon, etc.)

M. Pont soutient la première opinion par un raisonnement singulier. Il se place au point de vue de la loi de 1855 et soutient que le vendeur restant propriétaire à l'égard des tiers jusqu'à la transcription, l'inscription qu'il prendrait sur l'acquéreur avant l'accomplissement de cette formalité serait absolument sans valeur. D'après lui la transcription fait naître le privilége du vendeur en même temps qu'elle le conserve. Dès lors la faillite de l'acquéreur doit rester sans influence sur le privilége du vendeur qui est resté propriétaire et peut revendiquer. Mais il y a là une erreur fondamentale. Il est vrai que tant que la vente n'a pas été transcrite, le vendeur est encore réputé propriétaire à l'égard des tiers, en ce sens que ces derniers peuvent jusque-là valablement acquérir de son chef des droits sur l'immeuble vendu.

Mais dans ses rapports avec l'acquéreur, le vendeur a cessé d'être propriétaire par l'effet même du contrat de vente, et comme le contrat le constitue créancier privilégié du prix, rien ne s'oppose à ce qu'il prenne immédiatement inscription pour la conservation de son privilége, et la faillite de l'acquéreur doit le lui faire perdre si cette inscription n'a pas été prise à ce moment (Aubry et Rau, 11, § 278).

SECTION II

NÉCESSITÉ D'UNE ALIÉNATION.

Le créancier a un privilége ou une hypothèque valablement inscrit, le droit de suite existe-t-il? Pas encore. Il faut une seconde condition, un déplacement soit de l'immeuble grevé, soit d'un droit réel susceptible d'être vendu aux enchères; il faut une aliénation. Nous n'avons donc à nous occuper que du cas où le créancier hypothécaire agit contre un tiers détenteur ; mais qu'arrivera-t-il si l'immeuble hypothéqué est possédé par une personne et détenu par une autre? Le créancier n'aura action que contre la première ainsi que le faisait déjà remarquer Pottier (Hyp. chap. 11, section 2, art. 1).

« Le détenteur contre qui doit s'intenter l'action « est celui qui possède comme propriétaire *animo* « *domini*, soit qu'il le soit effectivement, soit qu'il « se délare tel. Si la demande a été donnée contre « un fermier ou locataire que le demandeur avait « trouvé en possession de l'hérltage, le fermier ou « locataire doit être renvoyé de la demande, en in- « diquant le nom de celui de qui il tient à ferme « ou à loyer. »

Mais l'aliénation pour donner ouverture au droit

de suite doit être volontaire ; après une aliénation forcée l'immeuble est présumé avoir acquis sa véritable valeur grâce aux formalités prescrites par la loi et on applique toujours l'ancienne maxime : *Décret forcé nettoie toutes hypothèques* (692-717 C. pr.). Du reste, les créanciers inscrits sur les immeubles saisis ont été, peu après la saisie et avant l'adjudication, interpellés et mis en demeure d'y intervenir pour la sauvegarde de leurs droits ; ils n'ont donc pas à se plaindre si la transcription de l'adjudication opère par elle-même et de plein droit, la purge des hypothèques.

A l'adjudication sur saisie ordinaire il faut, par identité de motifs au point de vue qui nous occupe, assimiler l'adjudication sur délaissement et sur saisie convertie en vente volontaire, après les notifications de l'art. 692 et l'expropriation pour cause d'utilité publique; dans ce dernier cas notamment, les opérations d'expropriation seraient impossibles, et la décision du Jury ne serait plus souveraine, s'il en était autrement. (Art. 17, loi du 3 mai 1841).

Quant aux aliénations volontaires; quelqu'en soit le titre, vente, échange, paiement, donation, legs, peu importe qu'elles soient totales ou partielles, entre-vifs ou par acte de dernière volonté, à titre universel ou particulier ; le droit de suite existe, car l'immeuble en changeant de mains, a passé avec toutes ses charges au pouvoir du nouveau propriétaire.

Il faut ranger parmi ces dernières non-seulement

les ventes amiables, mais encore celles faites dans les formes de ventes publiques, de biens appartenant à une succession indivise, vacante, bénéficiaire; à des mineurs interdits, à une femme dotale; les adjudications sur saisie convertie en vente amiable, avant la sommation des art. 692 et 696 du Code de pr. Il en serait de même si le tiers détenteur était devenu propriétaire par prescription, pourvu qu'il n'eut pas prescrit en même temps contre l'hypothèque : (2180-4°.)

Mais que se passera-t-il s'il s'agit de l'aliénation, non plus de l'immeuble lui-même, mais des fruits de cet immeuble ou d'un démembrement de sa propriété? Quant aux fruits, la vente en sera valable si elle a été faite régulièrement et sans fraude, jusqu'à la transcription de la saisie (682. C. pr.), Il en est de nême de la disposition de fruits par anticipation, sauf l'application de la loi du 23 mars 1855, qui soumet à la transcription lès quittances ou cessions d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échues. Cette cession pour être opposable aux créanciers hypothécaires, doit être transcrite avant l'inscription de leur hypothèque.

Mais si l'aliénation porte sur un démembrement du droit de propriété, faut-il distinguer si le droit réel aliéné est ou non susceptible d'hypothèque? il ne peut y avoir de doute. Si par exemple on aliène un droit d'usufruit, comme ce droit est susceptible d'être saisi et vendu aux enchères, ce qui

est le but final de l'hypothèque, le droit de suite s'exerce sans difficulté. Le doute s'élève à propos des droits de servitude, d'usage et d'habitation. En effet, la concession d'un de ces droits diminue évidemment l'importance de la propriété; dès lors les créanciers y ayant intérêt devraient pouvoir suivre ces droits dans quelques mains qu'ils passent. Mais d'un autre côté ces droits ne pouvant être ni saisis ni vendus aux enchères, les créanciers ne peuvent les atteindre.

Trois systèmes ont été présentés pour concilier l'intérêt des créanciers et celui de l'acquéreur des droits eu question :

1° L'acquéreur pourra purger et offrir aux créanciers l'estimation qu'il fait de la valeur de ces droits ou le prix qu'il a consenti au vendeur, sauf aux créanciers si le prix offert est insignifiant, à faire estimer par experts la valeur du droit ou à demander à celui-ci un supplément d'hypothèque. Ce système me semble absolument arbitraire, et je le rejette *à priori*.

2° M. Troplong estime qu'il ne peut être question ici de transcription à l'effet de purger, précisément parce que les droits dont il s'agit n'étant pas susceptibles d'expropriation forcée, les créanciers n'auraient pas la ressource de la surenchère qui est la garantie essentielle de cette matière. M. Troplong en conclut que la constitution de pareil droit échappe au droit de suite.

Mais ce système qui paraît au premier abord fort

plausible, me semble cependant devoir être rejeté, par une raison péremptoire : c'est qu'il n'est pas admissible que l'aliénation d'un droit réel échappe totalement au droit de suite.

3° Reste une solution proposée par M. Paul Pont et à laquelle je me rallie. M. Paul Pont pense avec M. Troplong qu'il ne peut être ici question de purge, puisque la surenchère est impossible, mais il estime que si la constitution des droits dont il s'agit est de nature à nuire aux créanciers inscrits, ceux-ci peuvent agir contre leur débiteur, et poursuivre le remboursement immédiat de ce qui leur est dû ; si le débiteur ne paie pas, ils feront saisir l'immeuble sans se préoccuper des droits d'usage, d'habitation et de servitude concédés. Ce n'est pas l'art. 2131 qu'il peut invoquer ici, puisqu'il s'applique au cas où l'immeuble hypothéqué a subi des dégradations par cas fortuit. C'est l'art. 1188 qui est spécial au cas où le débiteur a, par son fait, diminué le gage de ses créanciers. Il est déchu du bénéfice du terme et les personnes à qui il a concédé les droits ci-dessus, auront contre lui un recours en dommages-intérêts.

Quant au droit du preneur à bail, comme il n'est ni réel ni immobilier, il ne sera pas atteint par le droit de suite. Le bail n'est du reste qu'un simple acte d'administration. Toutefois comme certaines controverses s'étaient élevées sur la nature du droit de bail, surtout du bail à longues années, la loi du 23 mars 1875 art. 2 § 4 a décidé que les baux de

plus de dix-huit ans ne seraient opposables aux acquéreurs et aux créanciers hypothécaires qu'autant qu'ils avaient été transcrits. A défaut de transcription, leur durée est réduite à dix-huit ans.

Mais comment concilier cette disposition avec celle de l'art. 684 du Code de pr. ainsi conçue :

« Les baux qui n'auront pas acquis date certaine « avant le commandement pourront être annulés « si les créanciers ou l'adjudicataire le demandent. »

Il paraît démontré par la discussion de la loi de 1855 que cette disposition du Code de procédure a été oubliée par les rédacteurs de la loi; on admet généralement qu'elle n'est plus en vigueur que vis-à-vis des créanciers chirographaires et de l'adjudicataire. Quant aux créanciers hypothécaires, les baux de moins de dix-huit ans leur sont opposables, même sans avoir acquis date certaine avant le commandement.

Pour un renouvellement anticipé du bail de dix-huit ans, on peut appliquer par analogie, (mais c'est controversé) l'art. 1430 et dire que le renouvellement ne sera opposable aux créanciers que s'il a été fait la seconde ou la troisième année avant l'expiration de la première période, suivant qu'il s'agira de biens urbains ou ruraux, de telle sorte que la plus longue durée du bail sera de vingt-et-un ans.

CHAPITRE III.

FORMES DE L'EXERCICE DU DROIT DE SUITE.

Le droit de suite du créancier hypothécaire n'est autre chose, on l'a vu, que le droit d'hypothèque lui-même dans une de ses manifestations. Son but est de réaliser le gage en cas de non paiement par le débiteur à l'échéance de la dette. Cette réalisation a lieu au moyen de ce que le Code civil appelle l'expropriation forcée, et le Code de procédure la saisie immobilière. Le créancier non payé saisit l'immeuble hypothéqué dans quelques mains qu'il se trouve, le fait vendre après certaines formalités destinées à assurer à cette opération une publicité suffisante, puis se désintéresse sur le prix. Voilà le droit de suite dans la forme la plus naturelle et la plus ordinaire de son exercice.

Il y en a une autre moins simple et qui est plutôt une transformation du droit que son application véritable. C'est la surenchère du dixième à la suite de la purge. C'est un moyen mis par la loi à la disposition des créanciers pour faire monter le prix d'un immeuble à sa véritable valeur, s'ils jugent que cette valeur n'est pas atteinte, et ce moyen qui n'appartient qu'aux créanciers hypothécaires inscrits, quand l'acquéreur d'un immeu-

ble grevé fait la purge, est vraiment une transformation du droit de suite.

Le droit réel qui frappe l'immeuble directement existe toujours, mais dans un cas spécial que la loi voit avec faveur, il se transforme en un droit de surenchère. La surenchère une fois faite, il disparaît; le droit de préférence seul subsiste sur le prix

Il convient d'étudier séparément la saisie immobilière et la surenchère du dixième.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA SAISIE IMMOBILIÈRE.

La saisie immobilière, que le Code civil appelle expropriation forcée, est une procédure qui a pour but de réaliser directement le droit d'hypothèque. Elle est dirigée par un créancier hypothécaire, quel que soit son rang, contre le détenteur de l'immeuble hypothéqué, que le détenteur soit le débiteur ou un tiers. Nous ne nous occupons que du second cas qui n'est que l'exercice du droit de suite.

La procédure commence par un commandement fait au débiteur, selon la forme réglée par l'art. 673 du Code procédure, et par une sommation adressée au tiers détenteur et contenant une désignation suffisante de l'immeuble auquel elle a trait; par le com-

mandement, le débiteur est prévenu d'avoir à payer sa dette, sinon le tiers détenteur sera poursuivi et en conséquence ne tardera pas à se retourner contre lui ; par la sommation, le tiers détenteur est mis en demeure et averti qu'il n'a plus que trente jours pour purger, sans quoi l'immeuble grevé sera vendu sur lui, (2183). L'art. 2169 donne au tiers détenteur pour se décider un délai de trente jours ; l'art. 2183, un délai d'un mois ; le délai dont parle ces deux articles est-il le même ? L'affirmative est généralement admise. Il n'y a pas de raison pour les distinguer ; le délai de l'art. 2183 est précisément celui de trente jours de l'art. 2169 ; le *dies à quo* et le *dies ad quem* ne sont point comptés. (Grenier. hyp. 11. 341) — (1033. c. pr.).

Mais le commandement doit-il précéder la sommation à peine de nullité de cette dernière ? Il est certain que l'esprit et la lettre de l'art. 2169 indiquent que cet ordre doit être suivi, mais doit-il l'être à peine de nullité ? Certains auteurs soutiennent l'affirmative, MM. Aubry et Rau notamment. Suivant eux, si le commandement pouvait être fait valablement après la sommation et pendant les trois années durant lesquelles celle-ci conserve son effet, le tiers détenteur pourrait se trouver déchu de la faculté de purger, longtemps avant qu'il fût passible de saisie, ce qui détruirait complètement l'harmonie qui existe entre les dispositions des art. 2169 et 2183. De plus la sommation de payer ou délaisser doit produire d'après l'art. 2176, l'immobilisation des fruits

de l'immeuble hypothéqué, et il serait inexplicable qu'un pareil effet fût attaché à cet acte, alors même que n'ayant pas été précédé d'un commandement, le créancier ne se trouverait pas en mesure de procéder à la saisie.

On peut répondre d'abord que l'art. 2169 ne prononce aucune nullité et les déchéances ne se présument pas ; le défaut d'harmonie entre les art. 2169 et 2183 ne suffit pas pour établir une nullité; si le tiers ayant la purge à sa disposition, a laissé passer le délai que lui avait accordé le législateur, il ne peut se plaindre du retard que met le créancier à l'exécuter. Enfin si la sommation immobilise les fruits, ce n'est que par exception ; un tel effet n'étant attaché d'ordinaire qu'au commandement : aussi la loi prend-elle soin de le dire expressément.

Il n'y a donc aucun argument à en tirer.

Le commandement doit être fait, nous l'avons dit, dans les formes de l'art. 673 du Code de procédure ; si le créancier laisse écouler plus de quatre-vingt-dix jours entre le commandement et la saisie, il sera tenu de le réitérer si la sommation n'a pas été faite, ou la saisie pratiquée dans ce délai.

Quant à la sommation, elle est soumise à la péremption de trois ans (2176. argt. à fortiori). On peut cependant citer quelques arrêts, un notamment de la cour de Limoges (5 mars 1842) qui décident que la sommation se périme par trois mois comme le commandement. Ces arrêts n'ont pas tenu compte de la différence des deux actee et de l'ar-

ticle 397 du Code de procédure qui décide que toute instance commencée se périme par trois ans.

Supposons que le créancier poursuivant, une fois la sommation et le commandement faits, ne poursuive pas l'expropriation ; les autres créanciers qui avant l'expiration des quatre-vingt-dix jours à partir du premier commandement, voient l'échéance de leur dette arriver, veulent poursuivre, pourront-ils profiter de ce commencement de procédure ? M. Marton (n° 1270 et suiv.) tient l'affirmative et s'appuie pour cela sur l'art. 2169 : chaque créancier hypothécaire peut faire vendre après commandement et sommation. Cela implique, selon lui, que la sommation et le commandement une fois faits par un créancier, profitent à tous les autres.

En ce qui concerne le commandement, on s'accorde généralement à dire qu'il doit être recommencé ; et en effet, l'art. 2217 dit formellement que le commandement doit être fait à la requête du créancier ; et l'art. 673 du Code de procédure exige qu'en tête du commandement il soit donné copie du titre en vertu duquel il est fait.

Quant à la sommation, la question est plus délicate. M. Troplong pense qu'elle profite à tous les créanciers pendant trois ans et se fonde pour le soutenir sur l'art. 2183, d'après lequel le délai de purge court à partir de la première sommation ; il sera éteint par le délai de trente jours à partir de cet acte.

On peut soutenir l'opinion contraire par un ar-

gument tiré du but de la sommation. Quel est ce but ? C'est de mettre le tiers détenteur en demeure de se laisser exproprier ou de payer la dette : or, le détenteur a fort bien pu à la première psursuite préférer l'expropriation au paiement ; tandis qu'à la seconde, il peut être intéressé à prendre le parti contraire, c'est-à-dire à payer plutôt qu'à se laisser exproprier, Cela arrivera si la créance est très-forte dans le premier cas et très-faible dans le second, comment choisir, si une sommation nouvelle ne vient pas lui apprendre à quel créancier il a affaire et quelle somme il doit verser pour éviter l'expropriation.

Nous venons de parler à plusieurs reprises des moyens mis par la loi à la disposition du tiers détenteur pour éviter la saisie de l'immeuble. Il importe d'en préciser le caractère.

Ces moyens sont au nombre de trois :

Le tiers détenteur peut :

1° Payer;

2° Délaisser ;

3° Purger.

§ 1. *Du paiement.*

Ce moyen a peu d'importance pratique ; aussi ne nous arrêtera-t-il pas longtemps. Une fois la sommation reçue le tiers détenteur a trente jours pour purger. Ces trente jours écoulés, il peut encore payer

ou délaisser, Il peut payer jusqu'à concurrence de son prix ou désintéresser tous les créanciers pour la totalité en principal, intérêts et frais. Dans le premier cas, il est subrogé aux droits des créanciers qu'il n'a pu désintéresser, mais il ne le fera jamais en pratique, parce qu'il est bien plus simple de purger. Il ne paiera pas davantage les créanciers inscrits en totalité quand même il serait convaincu qu'elles sont dans leur ensemble, inférieures à la valeur de l'immeuble, parce que sa purge est encore le moyen le plus simple pour s'assurer de la valeur véritable de l'immeuble et n'offre pas les dangers du paiement. En effet, en cas de paiement, on est toujours exposé au recours de créanciers inconnus dont les hypothèques produisent leur effet indépendamment de toute inscription.

Dans le cas où le tiers détenteur paye, il jouit des termes et délais accordés au débiteur principal, mais doit-il les intérêts intégralement ou bien seulement dans la mesure de l'art. 2151 ? On admet généralement qu'il ne les doit que dans la mesure de l'art. 2151 ; en effet le tiers détenteur qui n'est tenu qu'hypothécairement ne doit payer que ce qui est hypothéqué sur l'immeuble, c'est-à-dire le montant des charges qui lui est révélé par l'inscription. Or il n'y a d'intérêts garantis par l'hypothèque que pendant deux années et l'année courante.

Le tiers détenteur qui a payé est subrogé de plein droit aux créanciers désintéressés et a son recours soit contre le débiteur pour le tout, soit

contre les autres tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués et les cautions, pour leur part contributaire. Il peut même appeler en cause les autres tiers détenteurs afin de faire fixer la part de chacun au paiement de la dette pour laquelle il est actionné.

Il aura soin de faire mentionner en marge de l'inscription sa quittance subrogataire afin que la radiation ne puisse avoir lieu sans son consentement.

§ 2. *Du délaissement.*

Le tiers détenteur qui n'a pas purgé et qui ne veut pas payer intégralement les créanciers hypothécaires a encore une ressource pour échapper à l'expropriation, c'est d'abandonner l'immeuble aux créanciers (2167, 2168).

Mais jusqu'à quelle époque le tiers détenteur peut-il délaisser ? La question est controversée, car la loi n'a pas fixé de terme. MM. Aubry et Rau décident sans hésiter que le tiers détenteur peut effectuer le délaissement, même après la saisie de l'immeuble. La jurisprudence paraît fixée en ce sens. (Paris, 10 janvier 1851. Lyon, 4 déc. 1860), ainsi que beaucoup d'auteurs (Martou, III, 1304; Pont, n° 1186).

En effet, dit-on dans cette opinion, les trente jours étant expirés sans que le tiers détenteur ait

pris parti, celui-ci ne peut plus, sauf le cas de péremption du commandement et de la sommation, empêcher les créanciers d'agir en vue de recouvrer leur créance ; mais il n'en résulte nullement que le tiers détenteur doive nécessairement rester en cause pour que l'expropriation et la vente soient suivies sur lui-même, et qu'il ne puisse pas abandonner la possession pour que la procédure s'accomplisse sur le curateur qui sera donné à l'immeuble délaissé. Cette opinion me semble la meilleure.

En sens contraire on répond : le délaissement ne peut pas être fait dès que l'immeuble a éte saisi sur le détenteur ; car en prenant le rôle de défendeur à la saisie, il a tacitement promis de rester en cause. C'eût été compliquer la procédure, occasionner des lenteuts et des frais inutiles, que de lui permettre de délaisser aprés la saisie ; il a eu assez de temps pour le faire, puisque la saisie ne peut avoir lieu que trente jours après la sommation qui lui a été faite (2169). (Mourlon, III. 1634; Troplong. III, 814).

Il existe une troisième opinion d'après laquelle on peut délaisser, même après la saisie, pourvu que ce soit au début de la procédure d'expropriation, mais non pas jusqu'au jugement d'adjudication. Ce parti intermédiaire me semble absolument arbitraire.

Le délaissement s'opère au moyen d'une déclaration faite au greffe du tribunal de la situation des biens ; cet acte est porté à la connaissance du vendeur et des créanciers hypothécaires avec som-

mation de comparaître à l'audience. L'intervention du tribunal pour donner acte du délaissement n'est nécessaire que s'il y a contestation sur sa validité: aussi ses créanciers prétendent que le tiers détenteur est incapable ou encore qu'il est obligé personnellement. Si la déclaration du délaissement est acceptée sans contestation par les parties intéressées. l'intervention du tribunal est absolument inutile; et comme elle ajouterait aux frais en pure perte, les parties pourront passer outre sans la demander. A la requête de la partie la plus diligente un curateur est nommé si l'immeuble délaissé par décision rendue en chambre du Conseil, et par le jugement donnant acte du délaissement s'il y a eu désaccord. La poursuite aura lieu contre le curateur afin, dit Loyseau, d'éviter l'infamie et l'ignominie qui résulte de la vente de distraction publique des biens.

Le délaissement, dit l'art. 2172, peut être fait par les tiers détenteurs qui ne sont pas personnellement obligés à la dette et qui ont la capacité d'aliéner.

Donc, deux conditions sont nécessaires pour pouvoir délaisser : 1° n'être pas personnellement obligé à la dette. 2° avoir la capacité d'aliéner.

1° *Il ne faut pas être personnellement obligé à la dette.*

Il n'est pas besoin d'expliquer longuement la raison de cette première condition ; il est clair que si on est personnellement obligé à une dette sur tous ses biens, il est inutile d'abandonner l'un d'eux. Ainsi donc l'acquéreur, le donataire, le coéchangiste, le légataire particulier, etc. ne succédant pas aux obligations de leur auteur, peuvent délaisser : au contraire le débiteur originaire, le débiteur solidaire devenu acquéreur de l'immeuble hypothéqué par son codébiteur, la caution personnelle devenue propriétaire de l'héritage donné en garantie par le débiteur principal, l'acquéreur qui a fait des notifications à fin de purge et dont les offres ont été expressément ou tacitement acceptées par les créanciers etc. etc., ne peuvent délaisser.

Mais la reconnaissance de la dette hypothécaire par le tiers détenteur, ou encore sa condamnation en cette qualité seulement ne l'empêchent point de délaisser (2173). Il faut supposer une créance à terme ou conditionnelle garantie par une hypothèque. Un tiers détenteur peut prescrire à l'effet d'acquérir l'affranchissement de son immeuble et cette prescription court même contre le créancier à terme ou conditionnel. Ce créancier qui ne peut pas agir puisque sa créance n'est pas exigible assignera

le détenteur en reconnaissance d'hypothèque, ou bien celui-ci reconnaîtra volontairement son droit. Dans l'un et l'autre cas, il y a simplement interruption de la prescription, mais non obligation personnelle, et par suite la faculté de délaisser reste intacte.

Il en serait de même si le détenteur dirigeait une action contre l'un des créanciers pour faire déclarer nulle la constitution d'hypothèque de celui-ci et perdait son procès.

L'héritier partiaire détenteur d'immeubles hypothéqués par le défunt, peut-il user de la faculté de délaisser ? Oui, si le créancier a accepté le paiement de sa part des dettes afférant à cet héritier. Dans ce cas il n'est plus tenu que *propter rem*; il peut donc délaisser. On objecte que, malgré ce paiement, l'héritier ne peut être assimilé à un tiers détenteur, qu'aux termes des art. 873 et 1221, il est tenu personnellement pour sa part de portion et hypothécairement pour le tout; qu'enfin il est impossible de lui appliquer les dispositions des art. 2169, 2178, 2191 ?

A ces arguments on peut répondre que l'hérieier n'est tenu que pour sa part des dettes, et qu'une fois cette part payée, il ne se trouvé tenu qu'hypothécairement, c'est-à-dire *propter rem*. Sans doute il ne pourra pas purger, il n'a pas une action en garantie complète, il ne conservera pas les fruits jusqu'à la sommation ; mais eela n'empêche pas qu'il puisse délaisser. (En ce sens, Dalloz, Grenier,

Troplong, III, 798, Pothier, chap. 2, sect. 2, § 1. Hyp., qui combat Loyseau sur ce point).

Le délaissement ne peut jamais devenir pour l'acquéreur un moyen de rompre unilatéralement le contrat de vente et de se dégager ainsi de l'obligation de payer son prix, lorsqu'il n'a pas de motifs légitimes pour recourir à cet expédient. Si par exemple, le prix est superieur au montant des charges hypothécaires, le tiers détenteur ne pourra délaisser, car la convention serait dissoute par la volonté de l'une des parties et le vendeur pourra toujours s'opposer au délaissement et s'il a été admis par jugement, former une tierce opposition.

Si le prix est inférieur au total des créances hypothécaires, le détenteur ne pourra même pas délaisser avant la poursuite; le débiteur pouvant payer ses créanciers de façon à dégrever l'immeuble. — Il en serait de même si les créanciers avaient accepté la délégation du prix qui leur a été faite.

2° *Pour délaisser, il faut avoir la capacité d'aliéner*

De cette seconde condition certains auteurs ont conclu que le délaissement est une aliénation, un abandon de la propriété; l'art. 2177, 1° confirme cette manière de voir en déclarant « qu'il fait renaître les servitudes et autres droits que le tiers détenteur avait sur l'immeuble délaissé, » c'est-à-dire que l'aliénation qui avait opéré confusion est

résolue par suite du délaissement. Pourtant cette opinion n'est pas généralement suivie et la jurisprudence notamment la rejette. La disposition de l'article 2177 que nous venons de citer a pour but simplement de maintenir le gage du créancier en l'état où il lui a été donné et de ne pas l'augmenter en consacrant la spoliation d'un tiers. Le créancier a recu pour gage un immeuble hypotéqué, ou grevé d'une servitude il est juste que l'acquéreur de cet immeuble le délaisse tel qu'il l'a recu.

L'art. 2177 2° fournit de plus un argument contraire à celui qu'on prétend tirer de l'art. 2177. 1° En effet il appelle les créanciers personnels du délaissant à exercer leur hypothèque à leur rang sur les biens délaissés, après ceux qui sont inscrits du chef des précédents propriétaires; d'où il résulte que, malgré le délaissement, l'acquéreur en reste propriétaire, puisque les hypothèques conférées par lui subsistent et qu'il profite du reliquat s'il y en a un, et comment, dans l'opinion contraire, explique l'art. 2178 aux termes duquel le délaissant a un recours contre le débiteur principal? Ce recours en garantie suppose une éviction : le débiteur tenu de cette garantie n'est donc pas demeuré propriétaire, et lè débiteur l'est devenu; suivant l'art. 2173, le tiers détenteur qui a délaissé peut reprendre l'immeuble en payant la dette et ses frais; le contrat n'est donc pas résolu puisqu'il peut encore produire tous ses effets; enfin la loi fondamentale de l'enregistrement, (22 frimaire an VII, art. 68, § 4

n° 1) ne perçoit qu'un droit fixe sur l'acte de délaissement, et si elle le considérait comme un abandon de la propriété, elle devrait percevoir un droit proportionnel.

Pourquoi donc l'art. 2173 exige-t-il la capacité d'aliéner pour pouvoir délaisser? C'est parce qu'il y a là un acheminement direct à un abandonde la propriété par l'adjudication qui va suivre.

La femme mariée pourra délaisser avec l'autorisation de son mari, le prodigue, avec l'assistance de son conseil (449-513); les envoyés en possession définitive peuvent delaisser, (128-132).

L'héritier bénéficiaire peut-il délaisser ? l'art. 802 l'autorise à se décharger de toutes les dettes de la succession en abandonnant aux créanciers tous les biens qui la composent. Il n'est donc pas personnellement obligé. Mais a-t-il la capacité d'aliéner? L'art. 806 la lui accorde formellement sous certaines conditions et formalités ; mais les conditions et formalités étant imposées dans l'intérêt des créanciers, il n'y a pas à en tenir compte dans l'espèce puisque les créanciers trouveront dans la vente aux enchères qui suivra le délaissement toutes les garanties désirables. L'héritier pourra donc délaisser, (Troplong, hyp. III 318).

Mais il n'en serait pas de même du curateur à une succession vacante. Il a été choisi par la justice pour représenter la succession, s'il lui était permis de délaisser, il pourrait ainsi se soustraire à son mandat.

Le mineur peut délaisser avec l'assistance de son tuteur muni d'une délibération du conseil de famille homologué par le tribunal conformément aux articles 457 et 458. En effet avec ces formalités le mineur a la capacité d'aliéner. M. Troplong (hyp, III 320) n'exige pas l'homologation du tribunal, se fondant sur l'art, 364 qui parle de la capacité nécessaire au mineur pour acquiescer à une demande immobilière ; mais il y a là une confusion entre la capacité d'aliéner et celle d'acquiescer à une demande immobilière, ce qui n'est pas la même chose.

Le délaissement se fera dans ce cas comme s'il s'agissait d'un majeur; en effet ce n'est point une vente, et les art. 469 du Code civil et 955 et 956 du Code de procédure relatifs à la vente des biens de mineurs ne sont pas applicables ici.

Quels sont les effets du délaissement ? Nous avons vu que le tiers détenteur restait propriétaire jusqu'à l'adjudication ; par suite jusqu'à ce monent il peut constituer valablement des droits réels sur l'immeuble et s'il vient à périr par cas fortuit, c'est lui qui supportera la perte.

Mais qu'arrivera-t-il si les créanciers renoncent au délaissement effectué par le tiers détenteur ? Celui-ci rentrera dans la possession de l'immeuble dont il est toujours resté propriétaire et n'aura plus de poursuite à craindre de la part des créanciers qui ont renoncé au délaissement, ce qui suppose qu'ils ont été désintéressés.

L'art. 2173 permet aussi au tiers détenteur de revenir sur sa première décision et de reprendre l'immeuble jusqu'à l'adjudication en payant toute la dette et les frais. Il devient alors débiteur personnel des créanciers au lieu et place du débiteur originaire.

§ 3. *De la purge au point de vue du droit de suite.*

La purge est un moyen donné par la loi à un acquéreur dans un but d'utilité publique, de débarasser son immeuble des hypothèques qui le grèvent ou qui peuvent le grever. L'acquéreur d'un immeuble remplit certaines formalités qui ont pour but d'avertir les créanciers hypothécaires inscrits ou non inscrits, que s'ils n'ont pas exercé leur droit dans un délai déterminé, la loi les en déclare déchus.

Nous supposons en ce moment tous les créanciers inscrits. La purge consiste de la part du tiers acquéreur, à leur offrir son prix d'acquisition ou l'estimation de la valeur de l'immeuble, s'il a été acquis à titre gratuit, sauf le droit pour ces derniers, s'ils ne trouvent pas ce prix suffisant, de faire revendre l'immeuble sur leur surenchère, suivant les conditions indiquées par l'art. 2185.

Nous avons vu qu'en droit coutumier la purge proprement dite n'existait pas, mais on y suppléait au moyen des décrets volontaires d'abord, puis des

lettres de ratification ensuite. Elle date de la loi de brumaire an VII, mais comme cette loi exigeait l'inscription de toutes les hypothèques, et que le Code en dispense une certaine catégorie, on a dû créer deux systèmes de purge : celle des hypothèques inscrites et celle des hypothèques non inscrites.

Ce qui caractérise la purge et la distingue des deux autres moyens donnés au tiers détenteur pour éviter l'expropriation (le paiement et le délaissement), c'est qu'elle est une violation du contrat hypothécaire par une seule des parties. Le paiement et le délaissement sont en tout point conformes aux principes dont ils sont l'application; la purge au contraire est une dérogation évidente aux principes généraux d'abord; aux principes du droit hypothécaire ensuite. Aussi la purge n'a-t-elle été admise qu'en présence des inconvénients graves que le droit de suite perpétuel entraîne avec lui et uniquement dans le but de favoriser la circulation des biens en les affranchissant de charges qui ont pour but le crédit et qui deviendraient une cause de ruine pour les acquéreurs.

Le contrat hypothécaire disparaît, nous l'avons dit, devant cette nécessité d'un ordre supérieur, devant l'utilité générale et l'acquéreur peut libérer son immeuble en offrant un prix, c'est-à-dire moyennant une somme représentative de la valeur de l'immeuble paralyser le droit de suite des créanciers hypothécaires. Mais il faut au moins que cette

somme soit la représentation la plus exacte possible de la valeur de l'immeuble, aussi la loi a-t-elle mis à la disposition des créanciers un moyen de l'obtenir : ce moyen c'est la surenchère du dixième que nous allons étudier.

SECTION II.

DE LA SURENCHÈRE DU DIXIÈME.

La purge, disions-nous plus haut, paralyse le droit de suite des créanciers hypothécaires. Il serait plus exact de dire qu'elle le transforme. La surenchère du dixième est la forme de l'exercice du droit de suite quand le tiers acquéreur veut purger, C'est la dernière arme qui reste aux mains des créanciers hypothécaires pour obtenir leur remboursement, si l'immeuble qui leur sert de gage n'a pas été vendu un prix suffisant pour les désintéresser complètement.

Comment et dans quel cas peut se produire la surenchère du dixième ? En cas de purge du tiers acquéreur ; celui-ci, nous l'avons vu, voulant dégrever son immeuble, soit avant les poursuites des créanciers qu'il prévient, soit après la sommation qu'il a reçue d'eux conformément à l'art. 2169, mais alors dans les 30 jours de cette sommation, offre le

prix de son acquisition ou une somme estimative de la valeur de l'immeuble au moyen de notifications individuelles à chaque créancier inscrit conformément à l'art. 2103. Deux cas peuvent se présenter :

1° Les créanciers acceptent le prix offert. Cette acceptation peut être expresse ou tacite. Elle est tacite si les créanciers laissent s'écouler un délai de 40 jours à partir des notifications sans requérir la surenchère dont nous allons parler. Dans ce cas, l'immeuble est libéré des priviléges et hypothèques qui le grèvent par le paiement du prix fait par le tiers détenteur aux créanciers en ordre de le recevoir, ou par la consignation.

2° Les créanciers n'acceptent pas le prix offert parce qu'ils jugent que l'immeuble n'a pas été vendu à sa véritable valeur. L'art. 2185 donne alors aux créanciers hypothécaires, le droit de surenchère du dixième. C'est de ce dernier cas que nous avons à nous occuper spécialement, puisque, nous l'avons dit, la surenchère du dixième est la dernière forme de l'exercice du droit de suite.

Qu'entend-on par surenchère en général? C'est l'offre d'une somme supérieure au prix d'une vente ou d'une adjudication; son but est de provoquer une nouvelle vente aux enchères. En matière immobilière, il y a deux sortes de surenchères : celle du sixième et celle du dixième. Il n'est pas inutile de dire un mot de la première avant d'aborder la seconde afin de ne pas risquer de les confondre.

La surenchère du sixième peut se présenter dans le cas de la vente forcée d'un immeuble. L'adjudication a eu lieu après les enchères conformément à la loi ; cependant le prix n'est pas encore définitivement fixé. Pendant la huitaine qui suit l'adjudication, toute personne, qu'elle soit ou non créancière, peut faire une surenchère pourvu qu'elle soit du sixième au moins du prix total, et requérir une seconde mise aux enchères sur cette mise à prix. Après cette surenchère la loi présume que l'immeuble a atteint la plus haute valeur et décide, dans un intérêt de stabilité par la propriété foncière, qu'une nouvelle surenchère ne sera plus possible. C'est ce qu'on exprime vulgairement par le brocard : surenchère sur surenchère ne vaut (838, C. pr.).

Voilà la surenchère sur aliénation forcée.

Etudions maintenant la surenchère sur aliénation volontaire, ou surenchère du dixième. Celle-ci n'a lieu qu'en cas de purge. Les offres du tiers acquéreur ont été refusées, une première question se présente ; qui peut faire la surenchère ?

La réponse se trouve dans l'art. 2185 : Ce sont tous les créanciers inscrits, chacun individuellement, quel que soit son rang, dont l'inscription valable et utilement conservée a été prise pour sûreté d'un droit légitime, existant encore au moment de la surenchère. Cela suffit-il ? Non. Il faut de plus que le créancier requérant soit capable de s'obliger. En effet, si la surenchère n'est pas un acte d'alié-

nation, elle peut conduire celui qui l'a fait à rester adjudicataire. Ainsi le mineur et l'interdit ne peuvent pas surenchérir, car ils ne peuvent pas s'obliger, mais leur tuteur pourra faire la surenchère en leur nom. M. Pont pense même qu'il n'en est pas ici comme du délaissement et que l'autorisation du conseil de famille ne serait pas nécessaire. Il ne s'agit que de l'éventualité d'une acquisition.

M. Troplong tient au contraire pour l'autorisation du conseil de famille. L'opinion de M. Pont me semble préférable.

Le mineur émancipé ne peut surenchérir qu'avec l'assistance de son curateur et la femme séparee de biens avec une autorisation spéciale de son mari.

Mais ces deux premières conditions ne suffiraient pas et le surenchérisseur pourrait encore être écarté, s'il avait concouru à la vente et adhéré à ses conditions. Comment pourrait-il dès lors faire un acte dont la conséquence pouvait être de résoudre le contrat auquel il a concouru..

La circonstance que la surenchère serait déjà requise par un créancier, ne fonderait pas une fin de non recevoir contre le créancier inscrit qui viendrait ultérieurement requérir une autre surenchère. Il résulterait seulement de ce concours de réquisitions qu'il faudrait les confondre dans une même poursuite, laquelle appartiendrait au plus diligent des deux créanciers, sans préjudice du droit de l'art. 2187 pour le nouveau propriétaire. Il en serait autrement si la première surenchère

était consommée. En effet on ne peut faire surenchère sur surenchère (838, C. pr.). Mais que décider pour une folle enchère ? Pour la surenchère du sixième, le doute n'est plus possible. En effet l'article 739 du Code de procédure rappelant les diverses dispositions applicables au cas de revente sur folle enchère, se borne à indiquer les art. 705, 706, 707 et 711 et passe sous silence les art. 708, 709 et 710 tous trois relatifs à la surenchère ; il indique nettement par là qu'il ne peut jamais y avoir lieu à une surenchère après une première surenchère suivie d'une revente sur folle enchère. Un arrêt de la Cour de Colmar du 13 mai 1857 déclare ces considérations applicables à la surenchère du dixième.

La Cour de Dijon dans un arrêt du 4 mars 1855 en a décidé autrement. D'après cet arrêt, le droit de surenchère de l'art. 2185 subsiste tant que le créancier inscrit n'est pas frappé de la notification et n'a pas laissé écouler 40 jours pour l'exercer. Si faute par l'adjudicataire de remplir les conditions de la vente judiciaire, il y a lieu à une revente sur folle enchère qui ait pour effet de substituer un nouveau prix à l'immeuble, pourquoi la surenchère du dixième ne s'exercerait-elle pas sur ce nouveau prix qui subsiste seul ? Dans cette doctrine, la première surenchère étant annulée par la revente sur folle enchère, il pouvait y avoir lieu à une surenchère pour la remplacer. Mais ce raisonnement est défectueux, car la folle enchère ne fait que substi-

tuer au fol enchérisseur un nouvel adjudicataire et la surenchère elle-même n'en subsiste pas moins.

La doctrine de la Cour de Colmar me semble donc plus juridique.

Quelles sont les règles auxquelles a été soumis l'exercice du droit de surenchérir ? On en compte cinq qui sont écrites dans l'art. 2185.

1° La première porte que la réquisition de surenchère sera signifiée au nouveau propriétaire dans les quarante jours au plus tard de la notification faite à la requête de ce dernier. On suit pour cela les formes indiquées par l'art. 832 du Code de procédure qui embrasse à la fois les notifications et les réquisitions prescrites par les art. 2183 et 2185 du Code civil.

Quant au délai de quarante jours, si les notifications sont faites par exploits séparés et à des dates différentes prr le nouveau propriétaire, il ne court pour chaque créancier que du jour où il a reçu individuellement sa notification. Quarante jours après la notification reçue, plus de surenhcère possible ; la déchéance est absolue.

Le droit de surenchérir est un droit individuel à chaque créancier, mais une fois exercé il profite à tous. Cet avantage pourrait amener des inconvénients si le créancier surenchérisseur venait à se désister de manière à rendre inutile chez les autres créanciers le droit de surenchérir. On comprend la possibilité d'une fraude. Un créancier consent à s'entendre avec le tiers acquéreur et fait sa réquisition.

Les autres créanciers se croient en sûreté et n'agissent pas. Au bout du délai de quarante jours, le créancier requérant se désiste et la déchéance atteint tous les créanciers. Le tiers détenteur est désormais à l'abri. C'est contre cette fraude qu'a été écrit l'art. 2190 du Code civil et l'art. 833 du Code de procédure (loi du 2 juin 1831). L'art. 2190 porte que le désistement du créancier requérant la mise aux enchères ne peut, même quand le créancier paierait le montant de sa soumission, empêcher l'adjudication publique, si ce n'est du consentement exprès de tous les autres créanciers. Et l'art. 833 du Code de procédure ajoute que lorsqu'une surenchère aura été notifiée avec assignation dans les termes de l'art. 832 ci-dessus, chacun des créanciers inscrits aura le droit de se faire subroger à la poursuite, si le nouveau propriétaire ou le surenchérisseur ne donne pas suite à l'action dans le délai d'un mois. L'art. 833 a pour but d'empêcher le désistement tacite. Malgré ces précautions, il arrive quelquefois dans la pratique que la collusion entre le nouveau propriétaire et un créancier réussit. Le créancier requérant glisse dans l'acte de réquisition une cause de nullité et le tiers détenteur ne l'invoque qu'une fois les délais pour surenchérir écoulés. Le plus sûr pour les autres créanciers c'est de faire à leur tour une réquisition.

2° La réquisition de surenchère doit contenir, en second lieu, soumission par le requérant de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui

qui a été stipulé par le contrat ou déclaré par le nouveau propriétaire. Il faut ajouter à cette disposition celle du second alinéa de l'art. 2192, qui est une application des principes du droit hypothécaire. En effet la surenchère étant une conséquence du droit de suite, le créancier ne saurait être admis à surenchérir des choses qui, comme les meubles, ne sont pas susceptibles d'être suivies par hypothèque, ou des immeubles qui ne lui sont pas hypothéqués.

Le créancier à hypothèque générale peut surenchérir un ou plusieurs des immeubles vendus, mais n'est pas obligé d'étendre la surenchère à tous les immeubles, puisque la loi donne à l'hypothèque générale sur chaque immeuble qui en est affecté, les mêmes droits qui résulteraient d'autant d'hypothèques spéciales.

La surenchère du dixième devra d'abord porter sur le prix tel qu'il est déterminé par l'art. 2192 si le titre du nouveau propriétaire comprenait des immeubles les uns hypothéqués et les autres non hypothéqués à la dette ; et elle doit être en outre calculée sur les charges qui font partie du prix, c'est-à-dire celles qui sont imposées à l'acquéreur.

3° La même signification sera faite dans le même délai au précédent propriétaire, *débiteur principal*, ajoute l'art. 2185. Le débiteur principal sera en effet le plus souvent le précédent propriétaire. Toutefois il peut en être autrement, et si l'ancien propriétaire et le débiteur principal étaient deux personnes différentes, il serait conforme à l'esprit de la loi de per-

mettre que la signification fût faite distinctement à l'un et à l'autre, puisqu'ils ont l'un et l'autre intérêt à être avertis de l'existence de là surenchère. En effet, si les créanciers attaquent l'immeuble, c'est pour être payés de leur créance; il est donc prudent de signifier au débiteur l'attaque hypothécaire qui est faite, afin qu'il puisse payer et par là éviter à son acquéreur l'expulsion de l'immeuble qu'il a acquis, s'il est précédent propriétaire, et à lui-même une action en recours dans tous les cas.

La loi belge du 15 décembre 1851 a modifié notre article et ce sens : d'après l'art. 115 de cette loi, la signification doit être faite au précédent propriétaire et au débiteur principal. (Martou IV. 119).

4° Il faut en quatrième lieu que l'original et les copies de ces exploits soient signés par le créancier requérant, ou par son fondé de procuration expresse, lequel, en ce cas, est tenu de donner copie de sa procuration. Le sens de cette disposition de la loi est clair : elle ne veut pas que les parties soient légèrement engagées dans la voie de la surenchère par leur avoué qui pourrait avoir intérêt à les pousser dans cette voie. La signature qu'elles doivent donner fait acquérir la certitude qu'elles ont été appelées à se consulter et que ce n'est pas à leur insu qu'elles ont été engagéees dans une procédure aussi sérieuse.

On peut citer d'autres cas où la loi exige, en raison de la gravité de l'acte, qu'il soit signé par les parties. Le plus saillant est celui d'une opposi-

tion à son mariage : (art. 66) : on peut citer égalemsnt au Code de procédure les art. 216, 218, 353, 384.

5° La faculté de surenchérir est soumise à une dernière règle. Le surenchérisseur doit offrir caution jusqu'à concurrence du prix et des charges; et l'art. 832 du Code de procédure ajoute que l'acte de réquisition de mise aux enchères contiendra avec l'offre et l'indication de la caution, assignation à trois jours devant le tribunal pour la réception de cette caution. Il faudra du reste appliquer les art. 2018 et 2019 du Code civil relativement à cette caution, c'est-à-dire qu'elle doit avoir la capacité de contracter, un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, et son domicile doit être dans le ressort de la Cour d'appel où elle va être donnée. L'art. 2041 doit être également pris en considération, et celui qui ne peut trouver une caution, est tenu à donner à sa place un gage ou nantissement suffisant. (832, C. pr.). Si la caution est rejetée, la surenchère sera déclarée nulle et l'acquéreur maintenu, à moins qu'il n'ait été fait d'autres surenchères par d'autres créanciers.

A la suite d'un arrêt de la Cour de cassation considérant l'obligation de fournir caution comme absolue et dès lors applicable au Trésor, il est intervenu à la date du 21 février 1827 une loi qui introduit une exception pour le Trésor dans les cas prévus par les art. 218 du Code civil et 832 du Code de procédure.

En vertu de l'art. 2016, le cautionnement devra porter sur l'ensemble de l'obligation incombant au débiteur principal, c'est-à-dire qu'elle s'étend même aux accessoires de cette obligation. Le débiteur principal est ici le surenchérisseur ; de sorte que le cautionnement se porte non pas seulement, comme on pourrait le croire, sur ce que le surenchérisseur doit promettre en sus du prix offert par le tiers détenteur, mais même sur le prix total de l'immeuble surencheri, qui peut rester éventuellement à la charge du surenchérisseur. La loi, quoique favorable à la surenchère, en contrarie ici l'exercice par la difficulté qu'elle crée au surenchérisseur de trouver une caution.

La réquisition de mise aux enchères est faite régulièrement, quelles vont être ses conséquences ? La principale sera la revente en justice des biens surenchèris. L'art. 2187 dispose qu'en ce cas, elle aura lieu suivant les formes établies pour les expropriations forcées, à la diligence soit du créancier qui l'aura requise, soit du nouveau propriétaire. Le poursuivant énoncera dans les affiches le prix stipulé dans le contrat ou déclaré, et la somme en sus de laquelle le créancier s'est obligé de la porter. Les art. 836, 837 et 830 du Code de procédure règlent les formes de cette revente.

La revente peut être poursuivie soit par le créancier qui a signé la réquisition de mise aux enchères, soit par le nouveau propriétaire qui a intérêt à sortir de l'état d'incertitude où l'a jeté l'événement

de la surenchère, soit par tout créancier suivant le principe établi par l'art. 833 du Code de procédure qui n'est que l'application du principe général de l'art. 2190 du Code civil, suivant lequel le désistement du créancier réquérant la mise aux enchères ne peut empêcher l'adjudication publique sans le consentement de tous les créanciers. Mais le consentement du nouveau propriétaire serait-il nécessaire pour arrêter la marche de la surenchère? On l'a soutenu. La cour d'Alger ne l'a pas admis, et et la cour de cassation par un arrêt du 24 avril 1855 rendu par la Chambre des requêtes, a sanctionné cette jurisprudence.

La revente en justice sera suivie d'une adjudication. Deux cas peuvent se présenter :

1° L'adjudication est taite en faveur du nouveau propriétaire lui-même. Sa propriété est consolidée et une transcription nouvelle ne sera pas nécessaire. Il a son recours contre le vendeur pour le remboursement de toutes les sommes que par suite de la surenchère, il a été obligé de débourser au delà du prix stipulé dans son contrat, ainsi que pour les intérêts de l'excédant, à compter des époques respectives des paiements (2191). Pour se couvrir de ce qui peut lui être dû à ce sujet, il est autorisé à retenir. à l'exclusion des créanciers chirographaires du précédent propriétaire, la somme qui resterait disponible entre ses mains après le paiement de tous les créanciers hypothécaires.

2° L'immeuble est adjugé à un tiers. Quel est

l'effet de cette adjudication? C'est une question très-controversée. Opère-t-elle transmission de propriété du tiers détenteur au nouvel adjudicataire, ou bien le nouvel adjudicataire est-il l'ayant-cause direct du vendeur primitif, par la résolution de la propriété du tiers détenteur?

C'est ainsi que se pose la question dans les termes généraux. La même question se pose au cas d'adjudication sur délaissement. Le délaissant est-il l'ayant-cause de l'adjudicataire? On décide généralement dans ce cas, que la résolution de la propriété du délaissant ne s'opère pas par l'adjudication; il est donc l'ayant-cause de l'adjudicataire. Pourtant nous devons dire qu'en jurisprudence en matière de surenchère du dixième, l'opinion contraire, c'est-à-dire, l'idée de résolution domine. Y a-t-il donc une différence rationnelle entre ces deux cas? Je ne le crois point. Dans les deux cas, l'éviction est toujours le résultat du droit hypothécaire et ne procède pas d'une cause inhérente au contrat de vente. On dit, il est vrai, que lorsque les créanciers procèdent par voie d'expropriation soit contre le tiers détenteur soit contre un curateur à l'immeuble délaissé, ils reconnaissent la propriété du tiers détenteur et ne s'attaquent point à son titre d'acquisition; tandis qu'à l'inverse la réquisition de mise aux enchères est une protestation contre ce titre qu'elle doit avoir pour résultat d'anéantir en substituant un nouveau contrat qui fera passer sans intermédiaire la pro-

priété des mains du débiteur entre celles de l'adjudicataire. Mais, c'est là une simple appréciation; et rien n'est moins démontré. On peut répondre qu'en exerçant la surenchère les créanciers ne contestent nullement la transmission de propriété qui s'est opérée par le titre d'acquisition du tiers détenteur; ils refusent simplement de dégager ce dernier, au prix par lui offert, de l'obligation réelle à laquelle il se trouve soumis, et reprennent, sous la condition de porter le prix à un dixième en sus, le droit de faire vendre l'immeuble sur lui, comme ils auraient pu le faire, s'il n'avait pas payé. (Aubry et Rau, 11, § 294.)

On peut donc étendre par analogie à la situation du tiers acquéreur évincé par une adjudication par surenchère, le n° 2 de l'art. 2177. Il n'y a, je le répète, aucune raison sérieuse de ne pas l'appliquer et de différencier les deux cas. Dans le système contraire, il dépendrait du tiers acquéreur, suivant qu'il lui conviendrait soit de recourir à la purge, soit de se laisser exproprier, de faire évanouir ou de rendre efficaces les hypothèques qu'il aurait consenties: ce qui est inadmissible. L'argument *a contrario* qu'on a voulu tirer du n° 2 de l'art 2177 n'est donc pas fondé; en effet si cette disposition n'a pas été répétée au chapitre de la purge, c'est par inadvertance du législateur, ou encore parce qu'il a jugé cette répétition inutile. Du reste cette application par analogie est d'autant plus légitime, qu'on la fait nécessairement pour le n° 1 de l'art.

2177 et pour l'art. 2178. (M. Labbé, *Rev. crit.*, 1861, XIX.)

Mais on fait une dernière objection tirée de l'art. 2188 qui donne à l'acquéreur évincé le droit de se faire rembourser par l'adjudicataire, les frais et loyaux coûts de son contrat. Donc, dit-on, son contrat est résolu; sans cela il ne pourrait s'en faire rembourser les frais. Il faut voir là une faveur particulière que la loi afin d'encourager, dans l'intérêt même des débiteurs hypothécaires et de leurs créanciers, les aliénations amiables, toujours plus favorables que les expropriations, a cru devoir accorder aux acquéreurs qui purgent.

MM. Vernet (*Rev. Prat.* XX) et Mourlon (*transcrip.*, 1, 80), admettent un système mixte. D'après eux la résolution n'a lieu *que dans l'intérêt de l'acquéreur;* il peut y renoncer, s'il le veut, et par suite n'aura pas droit au recouvrement des frais et loyaux coûts de son contrat. Dans ce cas, il jouira du reliquat et l'adjudicataire sera son ayant-cause. Nous mentionnons le système pour ne rien omettre, mais il nous semble absolument arbitraire, et par suite, devoir être rejeté.

CHAPITRE IV.

DES FINS DE NON-RECEVOIR ET DES EXCEPTIONS QUE LE TIERS DÉTENTEUR PEUT OPPOSER A L'EXERCICE DU DROIT DE SUITE.

SECTION PREMIÈRE.

DES FINS DE NON-RECEVOIR.

1° Le tiers détenteur poursuivi pourra faire rejeter la demande en démontrant l'inexistence ou l'extinction de la dette garantie par l'hypothèque ; du moment que le créancier ne peut plus agir contre le débiteur personnel, il ne peut pas davantage le faire contre le tiers détenteur.

2° Ce dernier pourra encore invoquer l'existence ou l'extinction du droit hypothécaire ; ainsi, l'hypothèque a été consentie par un incapable ou par une personne capable sur un immeuble dotal, ou bien le constituant ayant la capacité prescrite par la loi, et l'immeuble étant susceptible d'hypothèque on n'a fait qu'un acte sous seing privé ou un acte notarié sans observer les formalités prescrites par la loi du 25 ventôse, an IX ; ou bien encore le

créancier a renoncé à son hypothèque par acte sous seing privé et le débiteur a accepté cette renonciation.

3° L'inscription en vertu de laquelle le créancier poursuit est nulle ou périmée, ou bien encore la dette n'est pas exigible : le tiers détenteur pourra opposer avec succès ces divers moyens et faire rejeter la demande.

SECTION II.

DES EXCEPTIONS.

Il faut entendre par exception, des moyens donnés au tiers détenteur, à l'effet de retarder l'expropriation sans faire obstacle d'une manière absolue aux droits du créancier hypothécaire.

Pothier en comptait cinq que nous allons axaminer successivemennt.

§ 1. *De l'exception de discussion.*

L'exception de discussion consacrée par l'art. 2170 du Code civil est celle par laquelle le tiers détenteur demande qu'avant de procéder à l'expropriation de l'immeuble qui se trouve entre ses mains, le créancier ait à poursuivre la vente d'autres im-

meubles égalemeut hypothéqués à la dette, mais qui sont restés dans le patrimoine du principal ou des principaux obligés.

Cette exception inconnue à Rome à l'époque classique où le créancier pouvait, après sommation faite au débiteur de payer, agir à son gré par l'action personnelle contre le débiteur et la caution, ou par l'action réelle contre le tiers détenteur, fut introduite par Justinien (nov. IV. cap. II.) Qui obligea le créancier d'attaquer les débiteurs personnels avant les débiteurs réels : « Sed æque ad res debi-
« torum quæ ab alii detientur, veniat prius
« (ereditor), antequam transeat viam super person-
« nalibus contra mandatores et fidejussores et
» sponsores. »

Les pays de droit écrit et la presque totalité des coutumes avaient admis cette exception, avec certaines variations, et au cas de silence de la loi, Loyseau enseignait qu'on devait suivre le droit romain comme plus conforme à l'équité ; il expliquait en outre pourquoi les pays de nantissement l'avaient rejetée ; « car, dit-il, le créancier, au moyen
« des formes du nantissement, acquérait une pos-
« session civile de la chose, et il n'en pouvait être
« dépossédé par l'aliénation qu'en avait faite le dé-
« biteur : dès lors, on ne pouvait lui opposer le
« bénéfice de discussion qui serait une véritable dé-
« possession, (Loyseau, Déguerpissement. III. 8. 1.
— Pothier. Hyp. II. 2.

La loi de brumaire, en adoptant le système de l'hy-

pothèque publique, avait cru pourvoir suffisamment à la sécurité des acquéreurs, et pour ce motif, avait aboli le bénéfice de discussion. En cela, elle ne faisait que suivre et consacrer la doctrine de certains auteurs qui refusaient ce bénéfice, lorsque le tiers détenteur avait eu connaissance de l'hypothèque (Voet, *ad pandectes*. XX. 4.) et celle des coutumes de nantissement.

Le Code rétablit le bénéfice de discussion et considéra le tiers détenteur comme une caution réelle Mais cette assimilation est loin d'être exacte, en effet, la caution réelle est tenue *propter rem seulement à défaut du débiteur principal*; cela résulte de la nature même du cautionnement.

Le tiers détenteur au contraire est, comme successeur à titre parliculier du débiteur, tenu de la même manière que ce dernier, des obligetions relatives à l'immeuble hypothéqué, constitué antérieurement à la vente. Or une ce ces obligations consiste de la part du débiteur et de ses ayants-cause à supporter de la part du créancier soit l'action personnel, soit l'action hypothécaire à son choix. Le tiers détenteur ayant-cause du débiteur, ne peut donc rien faire qui fasse obstacle à l'exercice immédiat de l'action hypothécaire qu'on exerce contre lui. Cette exception est donc contraire aux principes du droit hypothécaire et a été maintes fois vivement attaquée. On ne peut guère alléguer pour la soutenir que les sages restrictions que le Code y a ap-aportées. Ces restrictions existent même relative-

ment au bénéfice de discussion établi par les articles 2021 et suivants au profit de la caution. En effet si on le compare avec celui de l'art. 2170, on s'aperçoit que le premier est plus large que le second; le créancier requis par la caution doit discuter tous les biens, meubles et immeubles du débiteur; tandis que s'il est requis par le tiers détenteur, il n'a à discuter que les immeubles hypotéqués à la même dette et qui se trouvent entre les mains du principal ou des principaux obligés. Pothier (hyp, II. 2. 3) nous apprend que dans notre ancien droit cette distinction n'existait pas; le créancier requis par l'acquéreur devait faire vendre tous les biens meubles du débiteur et des cautions, ou rapporter un procès verbal de carence. Hors ces restrictions que nous venons de signaler, les règles posées au titre du cautionnement sont applicables à notre matière Donc le créancier n'est requis de discuter le débiteur, que sur la réquisition du tiers détenteur et sur les premières poursuites dirigées contre lui, (article 2022). Quant à ces mots « premières poursuites » de l'art. 2922 nous pensons qu'il faut les enteudre dans le sens de dénonciation de la saisie, car sa sommation de payer et de délaisser n'est qu'une simple menace, le préliminaire de la poursuite; d'un autre côté, l'exception de discussion, étant une exception délatoire, ne peut être opposée en tout état de cause (Aubry et Rau. III. § 297 ; Dalloz, hyp. 1937).

Il faudra également appliquer l'art. 2023, d'après

lequel la caution qui requiet la discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal et avancer les deniers pour faire la discussion ; elle ne doit indiquer ni les biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la Cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait, ni les biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette, qui ne sont plus en la possession du débiteur.

De la combinaison des articles que nous venons de citer avec les art. 2170 et 2171, il résulte que pour pouvoir opposer le bénéfice de discussion, le tiers détenteur doit remplir quatre conditions qui sont autant de restrictions mises par la loi à l'exercice de ce bénéfice : 1° Il ne doit pas être obligé personnellement à la dette; 2° Il doit y avoir d'autres immeub les hypothéqués à la même dette; Ils doivent se trouver entre les mains du principal ou des principaux obligés ; 4° Le créancier poursuivant ne doit avoir ni un privilége, ni une hypothèque spéciale.

1° Il faut d'abord que le tiers détenteur ne soit pas personnellement obligé à la dette. (Art. 2170) Cette règle exclut les codébiteurs et les cautions. Mais que dire de la caution qui a acheté un immeuble ? Il me semble que la réponse ne peut pas être douteuse. Ce tiers détenteur qui se trouve être une caution, n'a pas le bénéfice de discussion de l'art. 2170, puisqu'il est personnellement obligé ; mais s'il vient à être attaqué sur les autres biens, il jouira du bénéfice de discussion que l'art. 2021, accorde à la caution.

Mais le bénéfice de l'art. 2170 peut être opposé par celui qui hypothèque son immeuble à la dette d'autrui. Celui-ci est, il est vrai, en vertu du contrat d'hypothèque, obligé à la garantie du droit réel d'hypothèque concédé ; mais ce n'est pas nier cette garantie, que de faire discuter d'abord les immeubles hypothéqués, restés dans le patrimoine du débiteur. D'autre part, il n'est pas personnellement obligé à la dette ; il n'est plus dès lors qu'un tiers détenteur simple. Il tombe donc sous l'application de l'art. 2170.

A l'égard de l'héritier du débiteur, on sait qu'il n'est tenu personnellement que pour sa part et portion. On peut supposer qu'un héritier partiaire a reçu pour le remplir de ses droits un immeuble hypothéqué, et on se demande si, ayant payé sa part et portion, il pourrait pour le surplus opposer le bénéfice de discussion ? Mais il convient d'observer que l'héritier détenteur de l'immeuble hypothéqué par le défunt, se trouvant non-seulement obligé personnellement à la dette, mais tenu en outre hypothécairement par cette détention à la payer intégralement, n'est pas recevable à opposer sous l'offre d'un paiement partiel de sa part, le bénéfice de discussion. La question ne se présentera donc que si le créancier a reçu volontairement de l'héritier le paiement de sa part personnelle.

Pothier, d'accord avec Lebrun, enseigne sur ce point, contre l'opinion de Loyseau, que l'héritier

qui a acquitté sa part de la dette dont il est personnellement tenu, peut suivant la valeur de l'action hypothécaire, se décharger du surplus par l'abandon des immeubles auxquels il a succédé et qui y sont hypothéqués. Il résulte bien clairement de ces principes que pour le surplus, l'héritier est considéré comme un véritable tiers détenteur ; de là la conséqueuce qu'il peut opposer l'exception de discussion, tout aussi bien qu'un étranger, et renvoyer le créancier à discuter les immeubles de la succession possédés par les autres héritiers.

2° Il faut qu'il y ait d'autres immeubles hypothéqués à la dette entre les mains du principal ou des principaux obligés (2170).

Ces principaux obligés sont les codébiteurs ; sont-ce aussi les cautions ? quand il n'y aura plus dans le patrimoine du débiteur de biens hypothéqués à la dette, le tiers détenteur pourra-t-il encore renvoyer le créancier discuter la caution, et faire vendre les biens qu'elle aura grevés pour sûreté de la dette.

MM. Troplong et Pont enseignent l'affirmative ; ils fondent leur solution sur l'intention du législateur qui a voulu que les obligés personnels et hypothécaires soient poursuivis tout d'abord ; et que ceux qui ne sont tenus qu'hypothécairement ou d'une manière accessoire, par exemple le tiers détenteur, ne soient mis en cause qu'en seconde ligne ; ils invoquent en ce sens le texte de la Novelle IV, que nous avons cité plus haut, et notre

ancienne jurisprudence ; Pothier notamment s'exprimait ainsi : « Le tiers détenteur, contre qui « le créancier a donné son action, ne peut obliger « le créancier à discuter les biens d'autres que de « ses débiteur et cautions, et il ne peut les renvoyer « contre les autres tiers détenteurs d'héritages « pareillement obligés à la créance, soit qu'ils aient « été aliénés les premiers ou les derniers. » Pourquoi le Code avait-il abandonné cette jurisprudence de nos anciens auteurs? Les mots du texte « principaux obligés » signifient certainement les débiteurs personnels parmi lesquels on doit nécessairement classer la caution.

A ces arguments, on répond que les mots « principaux obligés » indiquent ceux qui sont tenus directement de la dette, par opposition à ceux qui ne sont engagés qu'accessoirement; on ajoute que si le cautionnement a eu lieu après la constitution d'hypothèque, la caution a légitimement pu et dû compter sur cette sûreté que fait disparaître le système de MM. Troplong et Pont, lequel a de plus le grand défaut de permettre à l'acquéreur à titre gratuit *qui certat de lucro captando*, de renvoyer le créancier discuter la caution *qui certat de lucro vitando* (Aubry et Rau. III, § 287).

Cette seconde doctrine me semble plus conforme à l'esprit du bénéfice de discussion. La loi n'a pas voulu que le créancier, devant deux débiteurs, dont l'un doit définitivement et l'autre, sauf secours contre le premier, pût sous prétexte de son droit strict,

aller demander son paiement d'abord au second. Ces mots « principaux obligés » sont synonyme de ceux-ci ; qui doivent définitivement.

Du reste la question de savoir si la caution doit être traitée comme le débiteur ou comme le tiers détenteur, me paraît dépendre du parti que l'on prendra dans cette autre : En cas d'insolvabilité du débiteur, lequel de la caution ou du tiers détenteur supportera définitivement la perte. Nous examinerons cette question en son lieu et place, mais en admettant, avec la majorité des auteurs, que l'insolvabilité doit retomber sur le tiers détenteur, on ne peut pas considérer la caution comme un principal obligé. En effet si on l'admettait, il arriverait ce résultat bizarre que le tiers détenteur actionné pourrait faire discuter la caution qui, après avoir payé, recourrait pour le tout contre lui. Ce recours serait absolument contraire à l'esprit du bénéfice de discussion : un débiteur ne peut en faire discuter un autre qu'autant que s'il payait la dette, il aurait un recours immédiat contre celui qu'il fait discuter.

Les biens doivent être entre les mains des principaux obligés pour que le tiers détenteur puisse opposer l'exception de discussion ; permettre au tier détenteur, poursuivi de discuter les autres détenteurs ce serait admettre une nouvelle exception déjà rejetée par le droit romain : (8. Dig. 20, 5.). Pothier décide de même. Remarquons que dans l'ancien droit, l'acquéreur antérieur évincé par le créancier avait un recours contre les acheteurs

plus récents, car il avait, grâce à son contrat passé devant notaire, hypothèque sur tous les immeubles aliénés depuis par ce dernier.

3° Il doit y avoir d'autres immeubles hypothéqués à la même dette ; ceci s'explique par cette simple considération, que s'il était loisible au tiers détenteur de renvoyer le créancier discuter soit des meubles soit des immeubles non affectés à la dette, ce dernier n'ayant aucun droit de préférence ne seprobablement pas payé intégralement, car il serait obligé de concourir au marc le franc avec tous les créanciers chirographaires.

4° L'exception de discussion ne peut être opposée si le créancier poursuivant a un privilège ou une hypothèque spéciale sur l'immeuble (2171). Les hypothèques conventionnelles étant toutes spéciales, l'exception de discussion ne peut être invoquée qu'à l'encontre des créanciers ayant une hypothèque légale ou judiciaire.

Cette disposition de la loi se comprend bien pour les hypothèques et les priviléges spéciaux, car le créancier a traité en vue de tel gage et non de tel autre ; décider autrement serait violer la convention des parties ; quant aux privilèges généraux de l'article 2101, la faveur de la loi et le peu d'importance des créances qu'ils garantissent justifient suffisamment le droit de suite à eux attaché et que le tiers détenteur ne peu paralyser. Cette condition n'existait pas dans la novelle IV.

Le créancier qui, par convention, a stipulé que

tous les biens à venir lui seraient effectés, en cas d'insuffisance des biens précédents, conformément à l'art. 2130 ; le créancier dont l'hypothèque légale ou judiciaire a été réduite dans les termes des art. 2140 2161, doivent-ils être considérés comme des créanciers à hypothèque spéciale ? Pour le premier, l'affirmative ne me semble pas douteuse ; l'art. 2130 constitue une véritable hypothèque spéciale à laquelle on ne pourra opposer le bénéfice de discussion. En effet, comment pourrait-on renvoyer discuter les biens à venir tombés depuis la concession de l'hypothèque dans le patrimoine du débiteur puisqu'ils n'ont été hypothéqués que pour le cas où l'immeuble primitivement hypothéqué deviendrait insuffisant ? Il faut donc voir d'abord si l'immeuble possédé par le tiers détenteur ne suffira pas à remplir le créancier de ses droits. Quant au cas d'hypothèque légale ou judiciaire réduite ainsi que le permettent les art. 2140, 2141 et 2161, il suffit d'examiner ce qui a été fait par les parties, et voir si la restriction a eu lieu par voie de spécialisation ou par voie de dégrèvement. Dans le cas de spécialisation, le tiers détenteur ne pourra opposer le bénéfice de discussion.

§ 2. *De l'exception à raison des impenses.*

L'art. 2175 est ainsi conçu : « Les détériorations « qui procèdent du fait ou de la négligence du tiers « détenteur, au préjudice des créanciers hypothé-

« caires ou privilégiés, donnent lieu contre lui à « une action en indemnité. Mais il ne peut répéter « ses impenses ou améliorations que jusqu'à con- « currence de la plus-value résultant de l'améliora- « tion. » La première partie de l'art. 2175 se passe de commentaires. Il est certain que le tiers détenteur n'est pas tenu des détériorations fortuites ou naturelles; « car, dit Loyseau, il déguerpit pour les « dettes d'autrui, et perd lui-même le plus. » Aussi l'art. 2175 ne le rend-il responsable que des détériorations provenant de son fait ou de sa négligence. Quant aux améliorations, faites par un non-propriétaire, elles ne peuvent profiter au véritable propriétaire que sauf indemnité en vertu du principe : « nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. » C'est là le cas du tiers détenteur. Il pourra donc répéter ses impenses, dans la mesure de la plus-value de l'immeuble au moment de l'adjudication. C'est là ce qu'on appelle : l'exception des impenses. A Rome, le tiers détenteur de bonne foi pouvait se refuser à délaisser jusqu'au remboursement par le créancier des impenses faites par lui, et jusqu'à concurrence de la plus-value. Le législateur ne doit pas permettre que le créancier souffre de la dépréciation causée au gage par le tiers détenteur ; mais il ne doit pas admettre non plus qu'il s'enrichisse aux dépens de ce dernier et profite gratuitement de ses améliorations.

Dans notre ancienne jurisprudence, Loyseau refusait au détenteur le droit de rétention, que lui

accordait le droit romain et ne donnait qu'un privilége qui ne pouvait paralyser l'action des créanciers poursuivants : nous retrouvons cette doctrine.

Quels sont aujourd'hui les moyens de droit donnés au tiers détenteur pour obtenir la plus-value produite par les impenses, conformément à l'article 2175? La question est controversée : trois systèmes principaux sont en présence :

1° Selon M. Tarrible (*Rép.*, V° *privilége*) le tiers détenteur jouit du droit de rétention et a par conséquent une véritable exception à opposer aux pousuites du créancier : il fonde son opinion sur la loi de Paul ci-dessus citée (L. 29 § 2. Dig. *De Pign. et hyp.*) Mais cette loi ne se comprenait que dans l'état du système hypothécaire romain, où c'est le *prior creditor* qui seul pouvait saisir et vendre l'immeuble hypothéqué. Or le *prior creditor* se trouvait être celui même qui l'avait construit ou réparé, en raison de ces constructions ou réparations qui lui conféraient un privilége. Un seul moyen restait aux créanciers qui venaient après lui, c'était de le désintéresser. De là l'idée d'un droit de rétention pour le tiers détenteur, Loyseau, nous l'avons vu, n'admettait déjà plus le droit de rétention dans notre ancien droit, par cette raison que déjà le droit de saisir et vendre appartenait à tout créancier et que dès lors il ne pouvait plus y avoir de droit de rétention au profit du *prior creditor*. Il ne peut, par les mêmes raisons être admis avec le système hypothécaire du Code civil.

Mais le droit de rétention établi par le Code civil ne doit-il pas être étendu au cas qui nous occupe ? Le droit de rétention légale existe en thèse générale toutes les fois que le détenteur d'un objet est créancier à raison de la chose qu'il détient. L'ordonnance de 1667. (tit. XXVIII. art. 9) Avait consacré cette règle d'une manière explicite et les partisans du droit de rétention dans l'hypothèse qui nous occupe, argumentent de ce passage de l'ordonnance : « Celui qui a été condamné à délaisser la posses- « sion d'un héritage, en lui remboursant quelques « sommes, espèces, impenses ou améliorations, ne « peut être contraint de quitter l'héritage, qu'a- « près avoir été remboursé. » Mais cette décision n'est point applicable à notre loi : elle concernait le propriétaire véritable qui, ayant triomphé dans la revendication, réclame sa chose à celui qui qui la détient ; dans notre hypothèse au contraire, il s'agit d'un détenteur qui s'est soumis d'avance à la saisie par suite de son acquisition et qui voudrait s' opposer et s'affranchir d'une charge à laquelle il s'est obligé.

Les défenseurs du droit de rétention prétendent que toute autre solution dépouille le tiers détenteur ; à cela on peut répondre que, d'une part, le créancier a un droit acquis, et d'autre part, que l'acquéreur a acheté en connaissance de cause.

Ajoutons que le mot *répéter*, employé par l'article 2175 semble bien exclure l'idée d'un droit de rétention.

2° Pothier, Grenier et Troplong refusent au tiers détenteur le droit de rétention, mais lui confèrent un privilège analogue à celui que l'art. 2103 donne à l'architecte. « Un tiers détenteur doit, dit « Grenier (II n° 336) avoir la prudence de faire « dresser des procès-verbaux de l'état des lieux « avant qu'il entreprenne les réparations ou cons. « tructions : il doit faire faire des devis estimatifs « et retirer des quittances des ouvriers. » Cette opinion a le grand tort de créer un privilège par analogie : d'ailleurs contre qui prendra-t-on inscription? Quel moyen de publicité seront employés pour avertir les tiers? Du reste, même en résolvant les questions de pratique, il resterait pour repousser ce système, une raison péremptoire, à savoir que les privilèges sont de droit étroit et ne se créent pas par analogie.

3° La pratique suit un troisième système admis par M. M. Aubry et Rau (II. 287.) et qui me semble rationel.

Le tiers détenteur n'a à raison de ses impenses ni droit de rétention qui serait incompatible avec le droit de poursuite du créancier, ni privilége. Il n'a qu'une action *de in rem verso*, jusqu'à concurrence seulement de la plus-value.

Il est admis à exercer cette action *de in rem verso* dans l'ordre, en demandant la distraction à son profit de la partie du prix correspondant à la plus-value, et peut même réclamer à ce sujet, une clause dans le cahier des charges.

On a fait à cette solution une objéction assez spécieuse : Elle est trés-légitimè, a-t-on dit, vis-à-vis des créanciers hypothécaires qui n'ont droit à l'immeuble que sous restrictions de la portion du prix équivalente à la plus-value. Mais les créanciers des créanciers hypothécaire peuvent souffrir de ce payement, car sans lui, le tiers détenteur devrait faire des saisies-arrêt sur les collocations de chaque créancier hypothécaire, et les créanciers de chaque créancier hypothécaire pourraient concourir avec lui. Mais il y a à cette objection une réponse bien simple ; les créanciers hypothécaire n'ont droit au prix, que déduction faite de la plus-value ; comment leurs propres créanciers auraient-ils plus de droits qu'eux-mêmes ?

Nous savons que la créance du tiers détenteur contre les créanciers hypothécaires a pour objet la plus-value de l'immeuble. Dans le cas où la plus-value est inférieure à la somme dépensée, il n'y a pas de difficulté, c'est seulement la plus-value qui est due.

Si au contraire, il arrivait que la plus-value fût inférieure aux dépenses faites, ce ne serait plus la plus-value qu'il faudrait restituer, mais seulement les dépenses faites. En effet, les créanciers ont droit, en vertu de l'art. 2133, à l'immeuble avec les améliorations. La seule restitution en principe de l'art. 2133, c'est qu'ils ne s'enrichissent pas aux dépens d'autrui. Or, quand ils ont indemnisé le tiers détenteur de ses déboursés, ils ont cessé de s'enrichir à ses dépens.

Cette solution, du reste, était admise en droit romain : c'est ce que dit formellement la loi *in fundo, Dig. de Rei vind :* « Reddat dominus im-« pensam, ut fundum recipiat usque eo dun-« taxat quo pretiosior factus est, et si plus pretii « accepit, solum quod impensum est. » Loyseau l'admettait également. On peut invoquer aussi par analogie l'art. 555 de notre Code civil, aux termes duquel le possesseur de bonns foi évincé peut réclamer ses déboursés, si mieux n'aime le propriétaire du fonds lui payer la plus-value. Le tiers détenteur, quoique propriétaire, ne peut être placé dans une position meilleure que le possesseur de bonne foi, puisqu'en achetant, il a su qu'il s'exposait à une éviction.

Troplong (Hyp. III, 338) fait remarquer que le recours du tiers détenteur au vendeur reste plein et entier et se règle d'après les principes de la vente (1630) qu'elle que soit l'opinion qu'on adopte ; il ajoute que les améliorations ne se compensent pas avec les fruits, car le tiers détenteur seigneur et maître de l'héritage, a gagné les fruits *jure dominii*, et il n'en doit compte à personne.

Enfin nous pensons qu'il faut repousser la distinction faite par certains auteurs entre les dépenses nécessaires et celles utiles. L'art. 2175 nous semble trop formel pour qu'on puisse admettre cette distinction. La raison principale, c'est que le tiers détenteur n'a contre les créanciers hypothécaires d'autre principe d'action que la *versio in rem*. On

objecte que le tiers détenteur doit être considéré comme le gérant d'affaires des créanciers hypothécaires et qu'il jouit ainsi de l'action *negotiorum gestorum contrariâ*. C'est là une erreur. En effet, le tiers détenteur a fait non pas l'affaire des créanciers, mais la sienne, puisqu'il est propriétaire jusqu'à l'adjudication.

§ 3. *De l'exception à raison des hypothèques antérieures que le tiers détenteur peut avoir sur l'héritage.*

Si le défendeur avait lui-même lorsqu'il a acquis l'héritage, pour lequel l'action hypothécaire est donnée, des hypothèques sur cet héritage, préférables à celles du demandeur, qui absorbent la valeur de cet héritage, il a une exception contre la demande qui doit lui en faire donner congé, si mieux n'aime le demandeur donner caution de faire monter l'héritage à un si haut prix que le défendeur soit payé de ses créances. (Pothier, Cout. d'Orléans. XX. 40.) Notre ancienne jurisprudence avait admis cette doctrine consacrée par un arrêt du Parlement de Paris du 16 juillet 1641, doctrine que l'on trouve déjà à Rome, où le créancier antérieur pouvait opposer au créancier poursuivant l'exception *si non mihi ante pignoris hypothecæve nomine sit res obligata*.

Cette solution avait été admise principalement à

cause des frais de la procédure et afin que le gage ne soit pas consommé au détriment du premier créancier.

Toutefois il faut reconnaître que les véritables principes sont opposés à cette manière de voir. Tout créancier hypothécaire a sur le gage un droit qui lui est conféré, non par son rang hypothécaire, mais par l'hypothèque elle-même ; (2169.) l'exercice du droit n'est pas subordonné à la présentation d'une caution, et c'est l'adjudication seule qui décidera de la valeur de l'immeuble, enfin l'admission de cette doctrine favoriserait le tiers détenteur.

Aussi elle doit être rejetée sous l'empire du Code. Indépendamment de l'art. 2169, l'on peut faire valoir cette considération que l'ordre seul décide du rang des créanciers; celui-ci pouvant être rejeté pour tel ou tel vice dont est entaché son titre ou son inscription; celui-là pouvant être forclos pour n'avoir pas produit dans le délai.

Le contraire avait d'abord été décidé par la Cour de Rouen; mais l'arrêt de cette Cour a été cassé par la Cour de cassation, comme contraire à la loi qui ne subordonne pas le droit qu'elle donne à chaque créancier à la question de savoir s'il sera colloqué en rang utile, et comme intervertissant l'ordre des questions à juger, le rang des créanciers ne devant être fixé qu'après l'expropriation. (Cass., 10 février 1818.)

MM. Grenier et Troplong admettent que tout en rejetant l'exception, il y aurait lieu d'ordonner

que le créancier poursuivant donnerait bonne et valable caution, s'il y avait à craindre que les frais de la poursuite ne diminuassent inutilement la valeur de l'immeuble. C'est là un tempérament qui n'existe pas dans la loi.

§ 4. *De l'exception de garantie.*

La garantie, dit Pothier, consiste dans l'obligation de défendre le possesseur de tous troubles en la possession de son héritage. De là cette maxime : « Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio » (Pothier, introd. à cout. d'Orléans, XX. 41). L'exception de garantie est celle qui est donnée au tiers détenteur contre un créancier hypothécaire lorsque le créancier est personnellement obligé de quelque manière que ce soit, à la garantie de l'héritage hypothéqué. Je suppose qu'un créancier devienne héritier du débiteur qui a concédé l'hypothèque, il devient donc par là obligé à la garantie du droit d'hypothèque concédé. Il ne pourra pas exproprier le tiers détenteur.

L'exception qui résulte de la garantie a lieu non-seulement lorsque le demandeur en action hypothécaire se trouve personnellement obligé à la garantie de l'héritage, mais encore lorsqu'il se trouve seulement possesseur d'héritages hypothéqués à cette garantie. En cela l'exception n'exclût pas absolu-

ment le créancier de son action, mais lui laisse la faculté de la suivre après qu'il aura abandonné sa garantie due au tiers détenteur (Pothier, hyp. II.)

Le Code ne parle pas de cette exception ; mais elle résulte évidemment des principes. (Aubry et Rau, § 287. 2°),

§ 5. *De l'exception de cession d'actions.*

L'art 2037 est ainsi concu :

« La caution est déchargée toutes les fois que la « subrogation aux droits d'hypothèque et de privi- « lége du créancier, ne peut plus, par le fait de celui- « ci, s'opérer en faveur de la caution. »

La caution jouit donc de ce qu'on appelle le bénéfice de cession d'actions. En est-il de même du tiers détenteur ? Le Code civil n'en parle pas dans notre ancien droit, le tiers détenteur qui paye le créancier poursuivant peut exiger que celui-ci conserve intactes les actions qu'il avait soit contre le débiteur et la caution, soit contre d'autres tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette, et le subroge dans tous ses droits. (Pothier, hyp. chapitre II) : L'art. 1251, 3° C'est aujourd'hui plus large : « la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui étant tenu avec d'autres et pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter. »

En droit romain le bénéfice de cession d'actions existait également au profit du tiers détenteur mais

renfermé dans des limites que nous avons déterminées. Que faut-il décider aujourd'hui ?

Une première opinion soutenue notamment par M. Dalloz (n° 1976) admet l'assimilation complète du tiers détenteur et de la caution et leur applique à tous deux l'art. 2037. En effet, dit-on, l'art. 1251, 3°, donnerait au tiers détenteur un bénéfice inutile, si on ne le corroborait pas au moyen de l'article 2037. La loi ne peut pas avoir voulu laisser à la merci du débiteur et du créancier la situation du tiers détenteur à qui elle s'est pourtant interessée dans l'art. 1251. 4° ; il faut donc assimiler sa situation à celle de la caution, et lui appliquer comme à celle-ci le bénéfice de l'art. 2037.

La jurisprudence avait dabord suivi cette opinion mais elle l'a ensuite abandonnée et elle est aujourd'hui d'accord avec la doctrine pour ne pas assimiler le tiers détenteur à la caution. La Cour de cassation dans un arrêt du 18 décembre 1854 a décidé que le tiers détenteur n'est pas recevable à repousser les poursuites dont il est l'objet par le motif que le créancier, en renonçant aux sûretés attachées à sa créance, ou en négligeant de les conserver, l'aurait privé de l'effet utile de la subrogation légale établi en sa faveur : sauf les cas de fraude ou de dol de la part du créancier renonçant (cass. 18 décembre 1854) — Il est subrogé légalement (1251 4° mais il ne peut refuser le paiement au créancier si celui-ci n'a pas conservé ses sûretés accessoires.

Pour soutenir cette opinion à laquelle nous nous

rallions, on fait remarquer que l'art. 2037 ne concerne que la caution et qu'aucune disposition du titre que nous étudions ne nous y renvoie; on ajoute que si la caution et le tiers détenteur ont ceci de commun qu'ils sont tenus pour un autre, leur situation est, à bien des points de vue, différente.

Et d'abord, la caution d'une dette hypothécaire peut dire qu'elle ne s'est obligée qu'en raison de l'hypothèque; que dans l'espoir d'y être subrogée, si elle était obligée de payer à la décharge du débiteur principal; elle ne peut empêcher le débiteur d'aliéner le gage, et si l'hypothèque qui la garantissait disparaît par le fait du créancier, toutes les sûretés qui militaient à son profit disparaissent sans qu'elle ait pu s'y opposer. Le tiers détenteur au contraire n'a aucune subrogation à attendre, il n'a qu'un moyen pour se préserver des attaques des créanciers hypothécaires, c'est de purger, et s'il a payé sans l'avoir fait, il est en faute, il a commis une imprudence dont il doit seul supporter les suites. On comprend donc d'après ce qui précède, que la loi ait consacré au profit de la caution un bénéfice dont le but est de contraindre le créancier à conserver ses droits et actions intactes et qu'elle ait refusé le bénéfice au tiers détenteur.

Si l'ancien droit accordait au tiers détenteur comme à la caution le bénéfice de cession d'actions, cela tenait à la situation particulièrement intéressante du tiers détenteur. Les hypothèques étaient occultes, et ce dernier pouvait être actionné par des

créanciers dont il ignorait l'existence. D'autre part, la subrogation n'existait pas de plein droit ; elle était conventionnelle, et le créancier pouvait la lui refuser. Quant à la purge, elle ne pouvait être alors d'un grand secours au tiers détenteur, tant elle était compliquée et coûteuse. C'est pour compenser de pareils inconvénients, qu'on accordait au tiers détenteur le bénéfice de cession d'actions.

Ces inconvénients ont disparu dans notre législation : l'hypothèque est soumise à la publicité pour être opposable aux tiers ; la subrogation a lieu de plein droit : la purge a été simplifiée et a été mise à la portée de tous.

Dès lors pourquoi accorder au tiers détenteur, sous prétexte d'analogie avec une situation différente de la sienne, une exception contraire aux principes du contrat hypothécaire? Il faut donc conclure que le bénéfice de cession d'actions au profit du tiers détenteur, n'existe pas dans notre droit actuel.

On trouve une opinion intermédiaire présentée par M. Troplong au nº 562 de son *Commentaire du cautionnement*. Cette opinion consiste à soutenir que le bénéfice de cession d'actions, étant une conséquence du bénéfice de discussion, ne peut appartenir au tiers détenteur que dans le cas où l'hypothèque qui grève son immeuble n'est pas spéciale (2171), puisque dans ce dernier cas, l'exception de discussion n'est pas opposable. Il en serait de

même pour la caution solidaire. M. Troplong n'admet donc pas l'exception de cession d'actions en faveur de tout tiers détenteur indistinctement.

Ce système que nous avons déjà réfuté dans notre thèse de droit romain, repose sur une interprétation superficielle des jurisconsultes coutumiers qui eux-mêmes commettaient une erreur en appliquant aux fidéjusseurs des textes spéciaux aux *mandatores credendæ pecuniæ*. Il tombe devant devant cette considération qu'il n'y a, entre les deux exceptions de discussion et de cession d'action, aucun lien de cause à effet ; par suite l'une ne peut être le corollaire de l'autre. Ainsi il peut se présenter certains cas où la caution invoquera le bénéfice de cession d'actions, sans avoir pu se prévaloir de celui de discussion : Par exemple, le débiteur a vendu des immeubles hypothéqués à la dette (2023) ou bien encore ces immeubles sont situés hors du ressort de la Cour, l'exception de discussion est inadmissible ; mais que le créancier donne main-levée sur les mêmes immeubles, la caution pourra lui opposer le bénéfice de cession d'actions.

Il en serait de même, avons-nous dit, de la caution solidaire qui d'après M. Troplong, ne pourrait invoquer l'art. 2037, puisqu'elle a renoncé au bénéfice de discussion en l'engageant solidairement. Mais parce que la caution s'est engagée d'une façon plus directe, elle ne s'est pas moins obligée dans l'intérêt du débiteur, et elle compte bien lui récla-

mer ce qu'elle aura payé pour lui. Les motifs qui ont dicté au législateur l'art. 2037 s'appliquent à la fois à la caution simple et à la caution solidaire. L'idée principale est celle d'un quasi-contrat entre la caution et le créancier, et le quasi-contrat n'est pas applicable au tiers détenteur.

Que dirons-nous de la caution réelle? L'assimilerons-nous au tiers détenteur ou à la caution? Je crois qu'il faut sans hésiter l'assimiler à la caution. La caution réelle, en effet, en hypothéquant son immeuble à la dette d'autrui, ne l'a fait qu'en considération des garanties que lui promettait le bénéfice de subrogation, elle mérite donc la même protection que la caution.

D'autre part, à la différence du tiers détenteur, elle ne peut pas purger; elle est donc obligée, si elle ne veut pas être expropriée, de payer la dette. Cette obligation de payer entraîne pour elle le droit à la subrogation et dès lors l'application de l'art. 2037.

CHAPITRE V.

DES COMPTES A RÉGLER ENTRE LE TIERS DÉTENTEUR, LES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES ET LE VENDEUR.

Le tiers détenteur qui délaisse, qui est exproprié ou qui a payé la dette hypothécaire, a certains comptes à régler avec les créanciers hypothécaires d'une part, en raison : 1° des améliorations qu'il a pu apporter à l'immeuble ; 2° des dégradations que l'héritage a éprouvées pendant qu'il était entre ses mains ; 3° des fruits qu'il a perçus ; 4° des servitudes et autres droits réels, qu'il avait sur l'immeuble avant sa possession ; avec le vendeur, d'autre part, en raison de l'éviction qu'il a subie.

L'examen de ces diverses questions complètera l'étude de la poursuite hypothécaire.

§ 1. *Des Améliorations.*

Nous ne reviendrons pas sur l'explication de cette règle que nous avons exposée à propos de l'exception des impenses, ajoutons seulement qu'il y a lieu de la suivre, non-seulemcnt au cas d'expropriation mais encore au cas de délaissement.

§ 2. *Des Détériorations.*

Le même art. 2175 met à la charge du tiers détenteur les détériorations procédant de son fait ou de sa négligence dès l'instant où il est devenu propriétaire.

Notre ancienne jurisprudence distinguait entre les réparations qui avaient précédé la demande et celles qui l'avaient suivies. En effet dit Pottier, le tiers détenteur a pu négliger un héritage qui lui appartenait et le dégrader. Tant que le créancier ne donne pas contre lui la demande hypothécaire aux fins de délaisser l'héritage, le tiers détenteur demeure maître de faire de son héritage ce que bon lui semble ; et il peut penser que son créancier trouve son débiteur personnel suffisant.

Mais le code civil n'a pas conservé cette distinction et l'espérance que le créancier peut avoir dans le crédit de son débiteur personnel, ne suffit plus pour permettre au tiers détenteur de de détériorer l'héritage hypothéqué ; l'art. 2175 confirme l'art 1382 et tient en échec les dispositions de l'art. 544 ; mais l'action n'appartient qu'aux seuls créanciers privilégiés ou hypothécaires inscrits qui n'ont pas été désintéressés et nullement aux créanciers chirographaires. Cette action est un accessoire du droit de suite. Le montant de

l'indemnité due par le tiers détenteur sera égal à la moins-value de l'immeuble et sera attribué aux créanciers hypothécaires suivant leur rang.

§ 3. *Des Fruits*.

L'art. 2176 applique au tiers détenteur relativement aux fruits, les principes établis par les art. 549 et 550 à l'égard des possesseurs de bonne foi ; il peut croire en effet que le débiteur personnel payera la dette, et il fait les fruits siens ; mais la sommation de payer ou de délaisser le constitue de mauvaise foi, il doit les fruits à partir de cet acte.

Si après la sommation, les poursuites sont abandonnées pendant trois ans, le tiers détenteur ne doit les fruits qu'à compter du jour où il est touché par un nouvel exploit. (art. 2176). Il y a là un souvenir de l'ancien droit où la péremption avait lieu de plein droit par l'expiration de 3 ans.

Mais les fruits dus par le tiers détenteur sont-ils meubles, c'est-à-dire doivent-ils être distribués au marc le franc entre tous les créanciers sans distinction ? Nous ne le pensons pas, le tiers détenteur les doit en vertu du droit de suite mis en mouvement ; or ce droit ne peut s'exercer que sur des immeubles ou des meubles immobilisés (2119); l'on ne peut tirer un argument contre notre opinion 682 du code de procédure, car cet article suppose la saisie dirigée contre le débiteur lui-même et

déclare que, les fruits ne sont immobilisés que du jour où la saisie est transcrite, époque à laquelle le débiteur est dessaisi de sa propriété, or cet article ne nous regarde point ; l'art. 2176 vise une position toute différente, puisque l'expropriation est poursuivie contre un tiers détenteur. Enfin si les fruits étaient meubles, il faudrait admettre les créanciers à concourir sur le prix et le législateur a eu soin de régler un cas analogue dans l'art. 2177, il faut donc attribuer les fruits aux seuls créanciers hypothécaires.

§ 4. *Des servitudes et droits réels.*

Les droits réels et servitudes que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant le jour de son acquisition, renaissent, dit l'art. 2177-1°, après le délaissement ou l'adjudication faite sur lui.

Quant aux créanciers personnels du tiers détenteur, l'article ajoute qu'ils exerceront leur hypothèque, à leur rang, après tous ceux qui sont inscrits sur les précédents propriétaires.

Ces deux dispositions sont contradictoires, en apparence. En effet, si les servitudes renaissent, c'est que la propriété du tiers détenteur est résolue. au contraire, si les créanciers personnels du tiers détenteur peuvent exercer leur droit d'hypothèque sur le bien délaissé, c'est qu'il a pu constituer des des hypothèques valables ; par conséquent la pro-

priété n'est pas résolue rétroactivement. Cette question a été examinée précédemment et nous avons admis que la solution de l'art. 2177-1°, était de pure équité et avait uniquement pour but de maintenir le gage du créancier en l'état où il lui a été donné sans augmenter en conservant la spoliation d'un tiers. Le créancier a reçu pour gage un immeuble hypothèqué ou grevé d'une servitude : il est juste que l'acquéreur de cet immeuble le délaisse tel qu'il l'a reçu.

Ainsi donc, l'art. 2177-1°, fait revivre au profit du tiers détenteur qui a délaissé ou subi l'expropriation, les droits qu'il avait sur l'immeuble, et en particulier les servitudes. La réciproque doit également être admise. Il en est de même des hypothèques grevant l'immeuble avant l'acquisition du tiers détenteur ; ells continuent à le frapper après cette adjudication ; mais il est nécessaire que leurs inscriptions aient été renouvelées sans interruption pendant tout le temps où elles avaient été momentanément éteintes par confusion. Cette solution, conforme au principe de la publicité des hypothèques, était donnée par Pothier.

On tire contre elle un argument des termes de l'article 2177 : les servitudes et droits réels « *renaissent* » ; mais cette expression fait allusion aux rapports entre le titulaire de ses droits et l'adjudicataire. Dans les rapports de ces acquéreurs de droits réels entre eux, il faut appliquer les principes de la loi de 1855.

Mais l'art 2177 ajoute que les créanciers personnels du tiers détenteur viennent après ceux inscrits du chef des précédents propriétaires.

Sous l'empire du Code civil, la règle ne présenta aucune difficulté dans l'application; le consentement à lui seul transférait la propriété, non-seulement entre les parties, mais à l'égard des tiers. C'était la vente qui arrêtait les inscriptions du chef du vendeur. Mais après la promulgation du Code de procédure, dont l'art. 834 permettait de prendre inscription jusqu'à la transcription, et même jusqu'à quinze jours après cette transcription, des doutes commencèrent à surgir. Il pouvait se faire que des créanciers du précédent propriétaire, tout en s'inscrivant dans le délai fixé par l'art. 834, se trouvassent inscrits postérieurement à un créancier personnel du tiers détenteur. Ce dernier argumentait de l'art. 2134 du Code civil, d'après lequel, entre créanciers l'hypothèque ne prend rang que du jour de l'inscription. Mais le créancier du chef du précédent propriétaire répondait avec raison que l'immeuble n'était entré dans le patrimoine du tiers détenteur que grevé des hypothèques établies par le précédent propriétaire, dont l'inscription avait été faite conformément à l'art. 834, que les créanciers du tiers détenteur ne pouvaient avoir plus de droit que lui-même.

Sous le régime de la loi de 1855, les créanciers du chef du précédent propriétaire peuvent s'inscrire jusqu'à la transcription opérée par le tiers déten-

teur, et celui-ci n'a pu, antérieurement à cette transcription, conférer à ses créanciers personnel, aucune hypothèque au préjudice des créanciers de son précédent propriétaire.

§ 5. *Recours du tiers detenteur contre le vendeur.*

Le tiers détenteur a payé sa dette, ou a délaissé, ou a été exproprié; dans tous les cas, il est lésé; il doir donc avoir recours contre qui de droit, c'est-à-dire contre le débiteur principal. (2178) Deux cas peuvent se présenter :

1° Le tiers détenteur a acquis à titre onéreux. Dans ce cas on applique la règle de la garantie en matière de vente (art. 1537, 1631 et suiv.) Le tiers détenteur a droit non-seulement à la restitution du prix, des frais de garantie, des truits, des frais et et loyaux coûts, mais encore à des dommages-intérêts. Il bénéficie de l'art. 1630, et peut demander la totalité du prix, bien qu'il ait détérioré, même par sa négligence l'immeuble qui lui appartient : *Qut rem quasi suam neglexit, nulli quer elæ subjectus est.*

Vis-à-vis de son vendeur, le tiers détenteur n'a pas à respecter l'immeuble affecté. Le premier n'a pas, comme les créanciers hypothécaires, un droit de contrôle sur leur gage. Le tiers détenteur pourra aussi répéter ses impenses contre le vendeur.

Mais si ses créanciers personnels avaient été colloqués sur le prix, ce qui leur avait été payé

devrait être réduit de ce que le précédent propriétaire avait à leur rembourser pour dommages-intérêts.

2° Le tiers détenteur a acquis à titre gratuit.

Pour le légataire, pas de difficulté : les art. 871 et 874 disent en termes exprès qu'il a un recours contre celui à l'acquit duquel il a payé.

Peut-on assimiler le donataire au légataire au point de vue qui nous occupe ? Oui, s'il paye il aura une action de gestion d'affaires contre le débiteur principal, mais il n'a point d'action en garantie contre le donateur qui n'est garant de l'éviction qu'au cas de dol. (art. 1440-1547).

CHAPITRE VI.

CRITIQUES DE L'ORGANISATION ACTUELLE DU DROIT DE SUITE.

Le travail que nous avons entrepris ne serait pas complet, si après avoir exposé le plus clairement possible, la nature, les conditions, les formes de l'exercice du droit de suite, tel qu'il est organisé par le Code et les lois postérieures, nous négligions de donner un aperçu des critiques auxquelles il a été soumis, et des réformes qui sont réclamées par un grand nombre de jurisconsultes et d'économistes. Les critiques portent principalement sur trois points :

1° Le délaissement est une mesure frustratoire et inutile.

2° Le bénéfice de discussion est contraire aux principes de la matière.

3° La procédure de la saisie immobilière est trop longue et trop coûteuse, et demande à être simplifiée.

SECTION PREMIÈRE.

CRITIQUES RELATIVES AU DÉLAISSEMENT.

Le délaissement est le corollaire naturel du principe que toute obligation *propter rem* se résout par l'abandon de la chose seule engagée, *res obligata*. De plus, il ne lèse pas le droit des créanciers puisqu'ils pourront le supprimer en se contentant du prix d'achat. Cependant il a été l'objet, principalement dans les travaux des rapporteurs des différentes lois hypothécaires de critiques assez vives ; les unes relatives aux frais et aux lenteurs inutiles qu'il entraîne ; les autres à la résolution d'un contrat synallagmatique par la volonté d'un seul.

La faculté de délaisser, disait Bethmont dans son rapport au couseil d'Etat, a produit de véritables abus. Outre les frais de procédure résultant d'un pareil droit, il fallait encore redouter l'incertitude qu'il suspendait sur la propriété. Nous pensons donc qu'il est utile de le supprimer.

La commission législative approuvait la suppression. La conséquence du délaissement, disait son rapporteur, M. de Vatimesnil, est d'obliger les créanciers à faire nommer un curateur à l'immeuble délaissé (2174).

Cette procédure entraîne des délais et des frais inutiles. Il est plus simple de suivre la saisie contre l'acquéreur, l'échangiste et le donataire. Il ne peut en résulter de préjudice pour lui, car l'adjudication sur saisie une fois faite, il se trouve dégagé de toute action de la part des créanciers, envers lesquels il n'était tenu qu'hypothécairement et comme détenteur ; sa situation est donc la même que s'il avait délaissé.

Du reste, le tiers détenteur savait en achetant que les hypothèques existaient; pour s'en affranchir, il n'a qu'à offrir son prix aux créanciers inscrits; le délaissement ne lui sert absolument à rien.

SECTION II.

CRITIQUES RELATIVES AU BÉNÉFICE DE DISCUSSION.

Sans prendre un parti et pour échapper aux poursuites, le tiers détenteur a le droit d'exiger que le créancier poursuivant discute préalablement les autres immeubles hypothéqués à la même dette et restés en possession du principal ou des principaux obligés (2170-2171).

Pour expliquer ce bénéfice, certains auteurs considèrent le tiers détenteur comme une caution réelle et trouvent naturel que le législateur l'ait assi-

milé à une caution personnelle sous ce rapport.

Mais c'est là une assimilation arbitraire et peu sérieuse.

« Pourquoi, disait M. de Vatimesnil, forcer le « créancier à discuter le débiteur principal ? — Si le « créancier ne vient pas en ordre utile sur les autres « immeubles restés en la possession du débiteur, « on l'aura forcé à faire des poursuites frustratoires « et des frais qui, en définitive, retomberont à la « charge de la masse. Le Code civil, ajoutait-il, en « proposant de revenir au principe de la loi de « brumaire qui ne l'admettait pas, assimile le tiers « détenteur à la caution; mais l'assimilation est « inexacte. Le créancier en contractent avec la cau- « tion, sait qu'il n'aura contre elle qu'une action « subsidiaire, et qu'elle pourra opposer le bénéfice « de discussion. S'il ne veut pas être exposé à cette « exception de la loi, à lui d'exiger que la caution « renonce au bénéfice de discussion ou s'engage so- « lidairement.

« Le créancier hypothécaire, au contraire, ne « contracte nullement avec le tiers détenteur. »

« L'aliénation ne doit pas rendre la situation de « ce créancier plus mauvaise, en le soumettant à « une épreuve à laquelle il ne serait pas astreint, si « cette aliénation n'avait pas eu lieu. »

Aussi bien, le tiers détenteur, il ne faut pas l'oublier, a acquis en connaissance de cause et il a la purge pour se débarasser des hypothèques qui grèvent son immeuble.

Le bénéfice de discussion n'existait pas dans le droit classique romain. Parmi les coutumes, les unes l'avaient adopté, les autres l'avaient rejeté. La loi de brumaire an VII l'avait aboli. Le Code l'a rétabli, mais il est à souhaiter que la révision du régime hypothécaire qui ne peut manquer d'avoir lieu un jour ou l'autre, le fasse disparaître de nos lois.

En 1851, le législateur Belge l'a aboli et à bon droit, car il diminue le crédit en entravant la poursuite hypothécaire, sans aucun avantage marqué pour le tiers détenteur.

Certains jurisconsultes vont plus loin et demandent l'abolition des hypothèques générales. C'est une idée fort soutenable.

SECTION III.

CRITIQUES RELATIVES A LA SAISIE-IMMOBILIÈRE.

On a signalé avec raison dans les ventes forcées un état de choses qui blesse particulièrement les intérêts des vendeurs, atteint la propriété et par là même la prospérité publique.

Il a été reconnu que les frais de vente sont trop considérables, lorsqu'il s'agit de la petite propriété ;

que les formalités sont trop compliquées et trop ruineuses; que l'Etat est trop exigeant, qu'il frappe le bien de droits d'enregistrement, de mutation, de timbre qui absorbent la valeur vénale de l'objet mis en vente.

Nous trouvons un tableau de l'année 1864 qui montre bien clairement les vices du système et les frais ruineux qu'entraîne une procédure de saisie, surtout s'il s'agit de biens d'une valeur peu considérable.

(1864) Frais de vente composés à la valeur des biens.

Biens de moins de	Nombre des biens vendus	Prix	Frais
500 fr.	1006	273,000	332,000
500 à 1.000 fr.	1273	963,000	432,000
1,000 à 2,000 fr.	2362	3,534,000	867,000
2,000 à 5,000 fr.	4574	15,000,000	1,927,000

On ne compte là que les frais antérieurs à l'adjudication, sans la remise proportionnelle, frais de signification, et transcription, etc.

La diminution des frais, voilà le but auquel doit tendre toute réforme dans l'exercice du droit de suite, par la suppression des formalités inutiles ou frustratoires. Toutefois, il ne faudrait pas tomber dans l'excès contraire et oublier les sages paroles que prononçait Napoléon au Conseil d'Etat : « Depuis que j'entends discuter le Code civil, je me « suis souvent aperçu que la trop grande simplicité

« dans la législation est l'ennemie de la propriété.
« On ne peut rendre les lois entièrement simples
« sans couper le nœud gordien, plutôt que de le
« délier et sans livrer beaucoup de choses à l'incer-
« titude et à l'arbitraire. »

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. — Le tiers détenteur ne peut réclamer ses dépenses que jusqu'à concurence de la plus value. Il n'y a pas à distinguer entre les dépenses nécessaires et celles utiles. (Loi 29 § 2. *De Pign. et Hyp.*).

II. — La novelle IV qui a créé le bénéfice de discussion n'a pas modifié la nature du bénéfice de cession d'actions. Elle a seulement supprimé, par voie de conséquence, les pactes de remise personnels au débiteur.

III. — Le créancier qui vend *jure creditoris* n'est pas garant de l'éviction provenant du défaut de droit dans la personne du constituant ; mais il est garant de l'éviction provenant du défaut de droit dans sa propre personne.

IV. — Le jugement rendu contre le débiteur sur la propriété du gage, n'est point opposable aux créanciers hypothécaires.

DROIT FRANÇAIS.

I. — L'aliénation des droits réels non susceptibles d'hypothèque, échappe au droit de suite, mais détermine l'application de l'art. 1188.

II. — La caution ne doit pas être comprise dans les termes de l'art. 2170 « principal ou principaux obligés. »

III. — L'art. 684 du Code de procédure ne s'applique qu'aux créanciers chirographaires et à l'adjudicataire, depuis la loi de 1855.

IV. — Le bénéfice accordé à la caution par l'article 2037 ne doit pas être étendu au tiers détenteur, mais il est commun à la caution simple et à la caution solidaire.

V. — La sommation de l'art. 2169 n'est pas nulle par cela seul qu'elle a été faite avant le commandement.

VI. — L'art. 2175 ne confère pas au tiers détenteur un droit de rétention, mais lui donne une simple action *de in rem verso*.

VII. — La faillite de l'acquéreur d'un immeuble enlève au vendeur comme à tout créancier hypothécaire, le droit de s'inscrire à partir du jugement déclaratif.

DROIT PUBLIC.

I. — En vertu du principe de la souveraineté nationale, la justice française peut toujours être saisie d'une poursuite dirigée contre un étranger à raison d'une infraction pénale commise en France ; en conséquence, il n'y a pas violation de la maxime : « *non bis in idem* » de la part d'un arrêt qui condamne un étranger pour un crime commis en France, encore bien qu'à raison de ce crime, il ait déjà été condamné dans son pays.

II. — L'indemnité accordée pour dommages permanants causés par la confection de travaux publics, exécutés au nom de l'administration, ne doit pas appartenir seulement aux créanciers hypothécaires du propriétaire, mais doit être distribuée mobilièrement sans distinction des créanciers hypothécaires et chirobraphaires.

DROIT CRIMINEL.

I. — Quand un prévenu a été acquitté par le tribunal de police correctionnelle, sur le chef d'homicide par imprudence, la victime a le droit d'intententer une action en dommages-intérêts devant le juge civil.

II.— La Cour d'assises, après un verdict négatif du jury, peut condamner l'accusé à des dommages-intérêts envers le fonctionnaire public qui s'est prétendu diffamé par la voie de la presse.

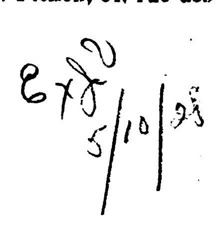
Vu par le président de la thèse,
C. BEUDANT.

Vu par le Doyen,
G. COLMET-DAAGE.

Vu et permis d'imprimer
LE VICE-RECTEUR DE L'ACADÉMIE DE PARIS.
A. MOURIER.

TABLE DES MATIÈRES

Paris. — Imp. F. Pichon, 51, rue des Feuillantines.



PARIS. — IMPRIMERIE F. PICHON, 51, RUE DES FEUILLANTINES

